

## Ouvrages parus dans la même collection

- 1, Dionisio Anzilotti, *La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers*, par Denis Alland.
- 2, Hermann Heller, *La crise de la théorie de l'État*, par Olivier Jouanjan.
- 3, *Code Noir*, par Jean-François Niort.
- 4, Raymond Saleilles, *Y a-t-il vraiment une crise de la science politique ?*, par Carlos Miguel Herrera.
- 5, Léon Aucoc, *La juridiction administrative et les préjugés*, par Benoît Plessix.

TIRÉ À PART

Hermann Heller  
**Jouanjan**

Oliver

LA CRISE  
DE LA THÉORIE  
DE L'ÉTAT

La collection « Tiré à part »  
est dirigée par Bernard Edelman et Stéphane Rials

TIRÉ À PART

Hermann Heller  
**Le Fenêtre** Olivier

LA CRISE  
DE LA THÉORIE  
DE L'ÉTAT

DALLOZ

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les copies ou reproductions « strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et d'autre part, que les analyses et courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, tout comme le fait de la stocker ou de la transmettre sur quelque support que ce soit, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée pénalement par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

Éditions Dalloz – 2012  
ISBN : 978-2-247-12112-0

712112 (I) BOU 65 g SCM EDO  
Dépôt légal : novembre 2012 – N° d'impression : J12/48385C  
Imprimé en France par l'Imprimerie Maury S.A.S.

# La crise de la théorie de l'État

## Avertissement du traducteur

La traduction du texte de Hermann Heller, « Die Krisis der Staatslehre », publié pour la première fois dans *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 55, 1926, pp. 289-316, a été faite sur l'édition établie par Martin Drath et Christoph Müller dans *Gesammelte Schriften* de Hermann Heller, t. 2 (1<sup>re</sup> éd., Leiden, Sijthoff, 1971 ; 2<sup>e</sup> éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 1992, pp. 5-30). Ce choix a l'avantage de permettre de reproduire dans le texte français les notes des éditeurs de cette nouvelle édition (précédées de la mention : N. d. e.). Je remercie très vivement les éditions Mohr Siebeck d'avoir autorisé cette traduction, et notamment M. le Dr. Gillig. Les notes explicatives du traducteur sont indiquées par la mention : N. d. t. La traduction et le commentaire de ce texte ont été rédigés lors d'un séjour au *Wissenschaftskolleg* de Berlin

(2011-2012). Je ne saurais trop remercier le service de la bibliothèque de cette institution et notamment le Dr. Sonja Grund pour toute l'aide apportée à la réalisation de ce projet. Bien évidemment, ma gratitude va également au professeur Stéphane Rials qui a bien voulu accepter ce texte et son commentaire dans le cadre de cette collection nouvelle.

O. J.

7

# La crise de la théorie de l'État

La crise spirituelle que traverse l'Europe, qui ne trouve dans les révolutions politiques et sociales que son expression la plus visible, a aussi profondément ébranlé notre pensée quant aux conditions, aux méthodes et au sens des sciences de l'homme dans leur ensemble. Mais au-delà de ce cliché d'un état de crise des sciences de la culture, une large partie de l'opinion publique ainsi que les cercles les plus étroits de spécialistes ressentent l'insuffisance théorique et la stérilité pratique de cette discipline que, sous l'intitulé « théorie générale de l'État » l'on enseigne ordinairement dans nos universités. Dans la préface à son *Allgemeine Staatslehre*, Jellinek constatait : « Depuis plus d'une génération, il n'a paru aucun ouvrage général en la matière qui ait rencontré un écho au-delà du cercle étroit de la discipline. Certainement, l'état de la science est responsable de cette



situation<sup>1</sup>. » Un quart de siècle a passé depuis que Jellinek a écrit ces mots. Et le chercheur d'aujourd'hui doit d'autant plus se rallier sans réserves à ce jugement que depuis — à l'époque même de la politisation ! — aucun ouvrage pouvant revendiquer quelque prétention scientifique que ce soit n'a offert un exposé global de la matière. Par ailleurs, nul n'affirmera que les travaux de Hermann Rehm<sup>2</sup>,

1. G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3<sup>e</sup> éd. (par les soins de Walter Jellinek), Berlin, 1914, p. III. (N. d. t. : Trad. fr., *L'État moderne et son droit*, rééd. Paris, Panthéon-Assas, 2005.)

2. Hermann Rehm, *Allgemeine Staatslehre*, Fribourg, 1899. (N. d. t. : Rehm [1862-1917], qui succède en 1903 à la chaire jusque-là détenue par Otto Mayer à la Kaiser-Wilhelms-Universität de Strasbourg, continue, avec sa *Théorie générale de l'État*, son *Histoire de la science du droit public* [*Geschichte der Staatsrechtswissenschaft*, Fribourg, Leipzig, 1896]. En effet, la théorie générale entend systématiser la matière sur la base de considérations historiques et de l'analyse comparée des systèmes politiques et de leurs constitutions. L'histoire, la politique « scientifique » et le droit public comparé doivent refouler la spéculation philosophique : « De cette façon, la théorie générale de l'État a complètement perdu sa prétention normative à l'égard du droit positif de l'État. Elle est devenue une science auxiliaire de caractère propédeutique. » [Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, t. 2, Munich, C.H. Beck, 1992, p. 441, cité par la suite GÖRD.] Même si la théorie générale de l'État juxtapose, selon Rehm, les points de vue juridique, politique et moral, il n'en demeure pas moins qu'il faut « distinguer strictement » entre ces points de vue [Rehm, *Allgemeine Staatslehre*, p. 5. On utilise l'édition de 1907 chez Göschen à Leipzig] : une pure juxtaposition donc, sans cohérence globale. C'est pourquoi la question d'une méthode de la théorie générale de l'État reste sans réponse et que les réquisits fondamentaux de séparation entre droit, politique et philosophie, imposée par l'école Gerber-Laband [voir *infra*], n'est pas vraiment remis en cause. C'est pourquoi l'ensemble donne un manuel assez banal qui vaut davantage par le témoignage qu'il offre d'un certain état du droit public que par une pensée originale de ce que pourrait ou devrait être une « théorie générale de l'État ».)

Georg Jellinek<sup>1</sup> et Richard Schmidt<sup>2</sup>, parus au tournant du siècle, satisfont aux besoins et exigences d'aujourd'hui. Or, la production la plus récente en ce domaine, l'*Allgemeine Staatslehre* de Kelsen<sup>3</sup>, ne permet d'aucune façon de se faire une idée de cette crise, pour ne rien dire des possibilités qu'elle offre de la surmonter. Au contraire, pour ceux qui ont des yeux pour voir, le danger que représente cette crise est enfin devenu manifeste dans toutes ses dimensions.

Les lignes qui suivent cherchent, à travers quelques remarques, à contribuer à éclairer notre situation historique spirituelle et à réfléchir de manière systématique sur l'objet « théorie générale de l'État ».

1. Jellinek, *op. cit.*, 1<sup>re</sup> éd., 1900.

2. Richard Schmidt, *Allgemeine Staatslehre*, t. 1 (*Conditions générales de la vie politique*), Leipzig, 1901. (N. d. t. : Richard Schmidt [1862-1944], professeur de droit pénal et procédure pénale à Fribourg-en-Brisgau, conçoit sa théorie générale de l'État essentiellement comme « historique ». « La réflexion philosophique sur l'État n'était plus le centre de son étude. » [Stolleis, *GöRD*, 2, p. 441.] Quant à l'approche juridique, Schmidt déclare : « La théorie de l'État de la science juridique doit donc être, par principe, une théorie particulière de l'État. » [*Allgemeine Staatslehre*, t. 1, *op. cit.*, p. 6.] Donc si la théorie générale de l'État de Schmidt « doit trouver sa place hors de la philosophie » [Stolleis, *GöRD*, 2, p. 442], elle ne peut pas non plus trouver un fondement quelconque dans une science juridique qui ne peut considérer l'État, positivement, que d'un point de vue particulier. Si la théorie générale de l'État doit être considérée comme une science « auxiliaire » du droit public, le lien méthodologique et intellectuel entre cette science auxiliaire et la science du droit public ne peut être véritablement établi.)

3. Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925.

1.

Sur quels fondements historiques repose la forme selon laquelle nous concevons aujourd'hui l'État ? La pensée médiévale ne connaissait guère autre chose qu'une étude métaphysique des propriétés universelles de l'État<sup>1</sup>. Le monde politique était compris comme faisant partie d'un système uniforme de la volonté, d'un « organisme » qui, prenant sa source en Dieu, s'étendait au système de la nature. Toute puissance politique était à la fois expliquée et légitimée de manière émanatiste à partir de l'autorité divine : la théorie de l'État faisait partie intégrante de la théologie. La science des canonistes et des légistes mit au point, à partir de ces rapports de pouvoir sanctionnés par Dieu, les concepts fondamentaux du droit public que sont l'office (*Amt*) personnel, la représentation et, en particulier, la corporation ecclésiastique et politique, dans laquelle les individus associés et réellement présents se bornent à représenter un sujet juridique invisible. Le problème spécifique de l'époque moderne, à savoir la coexistence d'une pluralité d'États souverains et d'ordres juridiques, resta inconnu d'un Moyen âge universaliste qui ne connaissait qu'un seul Dieu, une seule Église et un seul système juridique universel. Le problème de l'État n'était pas posé dans la sphère de l'être ni fondé sur l'analyse et l'étude des

1. Wilhelm Dilthey, *Einleitung in die Geisteswissenschaften* (1883), dans *Gesammelte Schriften* (éd. par Bernhard Groethuysen), t. 1, Leipzig, 1922, pp. 328 s.; Otto von Guericke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien* (1880), 3<sup>e</sup> éd., Breslau, 1913, pp. 60 s.

causes. Toutefois, à côté de la doctrine théologique de l'État, un courant devint toujours plus puissant qui, conformément à certaines doctrines de l'Antiquité qui n'avaient pas été oubliées, entendait déduire l'État de la volonté des associés. Marsile de Padoue (1328) marque l'avènement d'un monde politico-moral autonome par rapport à la théologie; le droit naturel commence à se détacher de ses présupposés dogmatico-religieux et s'établit, en tant que « christianisme sécularisé », dans la nature éthique et raisonnable de l'être humain.

De même que l'Antiquité et le Moyen âge, cette théorie de l'État fondée sur un droit naturel séculier entendait elle aussi comprendre l'État tout aussi bien d'un point de vue sociologique, que d'un point de vue juridique et métaphysique. La figure centrale de cette pensée du droit naturel, le contrat social, était à la fois une construction juridique, une justification éthique et métaphysique et entendait enfin être également une théorie de la société réelle<sup>1</sup>. J'ai montré ailleurs

1. Adolf Menzel, « Naturrecht und Soziologie », *Festschrift zum 31. Deutschen Juristentag*, Vienne, 1912, pp. 1 s. Si Werner Sombart (« Die Anfänge der Soziologie », *Hauptprobleme der Soziologie. Erinnerungsgabe für Max Weber*, Munich, 1923, t. 1, pp. 3-19) entend situer la science empirique et causale de la société dans une opposition catégorique et non motivée avec les doctrines jusnaturalistes d'un Hobbes ou d'un Spinoza, cette notion rétrécie sans justification devient précisément inapplicable à la sociologie allemande actuelle et notamment aussi à celle que représente Sombart lui-même. Erich Kaufmann (*Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie. Eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft*, Tübingen, 1921, pp. 88 s.) voit lui aussi dans la dimension sociologique un critère qui distingue la doctrine du droit naturel de toutes les autres philosophies sociales.

combien la pensée politique contemporaine reste dépendante de l'idée d'un « ordre naturel » dont la connaissance et la réalisation occupent depuis trois siècles la réflexion et les aspirations politiques de l'humanité européenne et américaine<sup>1</sup>. Par *ordre naturel*<sup>2</sup>, on entendait un état politique idéal réalisable à toute époque et dans lequel tout arbitraire personnel devait être éliminé grâce à l'empire impersonnel des lois. Ces lois n'étaient toutefois pas conçues comme divines et transcendantes, mais comme immanentes à la société, inscrites, par analogie avec les lois de la nature, dans l'être humain et devant être reconnues par lui. Il n'y avait aucune séparation entre les considérations sociologiques, éthico-philosophiques et juridiques sur l'État. Les normes juridiques elles-mêmes devaient être déduites des dispositions sociologiques fondamentales de la nature humaine. Des éléments essentiels de ce monisme jusnaturaliste du devoir, du sens et de l'être se sont maintenus dans le marxisme; un reste arraché au stock d'idées de cet *ordre naturel*<sup>3</sup> constitue l'idéal libéral de l'État de droit et son règne dépersonnalisé de la loi ainsi que son dogme de la complétude de l'ordre juridique.

La critique kantienne de la raison a liquidé le monisme de la conception jusnaturaliste de l'État, dans la mesure où elle a déterminé la légalité rationnelle de la réalité empirique en tant que catégories de

1. Voir : Hermann Heller, *Die politischen Ideenkreise der Gegenwart* (1926), (N. d. e. : *Gesammelte Schriften*, t. 1, spé. pp. 281 s.)

2. En français dans le texte (N. d. t.).

3. En français dans le texte (N. d. t.).

et remains from the original natural law background: the impersonal understanding  
of the law plus the complete character of law —> the platitude.

notre entendement, mais exclu l'*ordre naturel*<sup>1</sup> de la société de toute possibilité d'une connaissance théorique. L'ordre intelligible de l'État et du droit ne saurait être l'objet de la raison théorique, mais exclusivement celui de la raison pratique, dès lors qu'il contient aussi des éléments de réalité non rationalisables et échappant à la stricte légalité. Certes, la doctrine kantienne du droit et de l'État conserve un lien avec la métaphysique et l'éthique du droit naturel à travers les idées de « liberté », d'« égalité » et d'« indépendance » ; en revanche, les rapports avec la sociologie, qu'il s'agisse de cette forme rationaliste et jurnaturaliste comme de toute autre forme, ont été durablement rompus au sein de la science allemande du fait de la critique kantienne et ce pratiquement jusqu'à la fin du siècle<sup>2</sup>.

Cette séparation de la théorie de l'État d'avec la sociologie et, avec elle, l'isolement de la pensée politique allemande à l'égard de la pensée occidentale fut totalement achevée par le romantisme et l'école historique. Tous deux souhaitaient imposer un coup d'arrêt aux progrès de la rationalisation et de la révolution des rapports traditionnels de domination, empêcher la médiation naturaliste de l'esprit et de la personnalité, la dissolution de la figure historique individuelle dans les modes formels et abstraits de pensée propres à la psychologie et à la sociologie rationaliste du droit naturel. L'intérêt romantico-

1. En français dans le texte (N. d. t.).

2. Voir : Erich Kaufmann, *op. cit.*, pp. 90 s.

historique pour le « vivant » et le « populaire » a néanmoins encouragé aussi certaines approches d'une nouvelle sociologie — au sens des sciences de l'esprit — qui, après plusieurs générations, fut rendue féconde grâce à Dilthey et Simmel. Jusque-là, cependant, et, au fond, jusqu'à aujourd'hui même, l'historicisme dans les sciences historiques et politiques s'est considéré investi d'une mission nationale consistant à tenir la théorie allemande de l'État éloignée de la sociologie occidentale<sup>1</sup>.

À cet isolement de la théorie de l'État à l'égard de la sociologie s'ajouta — non sans d'ailleurs que les processus ne se conditionnent mutuellement — sa séparation d'avec l'éthique et la métaphysique, séparation qui s'est trouvée pleinement accomplie dans les positivismes historique, logique et naturaliste. Bientôt, on ne put voir dans l'État qu'un instrument d'oppression de race ou de classe et en tout état de cause celui-ci devait se réduire à n'être que pouvoir,

1. Voir, par exemple : Georg von Below, « Soziologie als Lehrfach. Ein kritischer Beitrag zur Hochschulreform », *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft*, 43, 1919/II, pp. 1271-1322; pour Otto Westphal (« Bemerkungen über die Entwicklung einer allgemeinen Staatslehre in Deutschland », *Von staatlichen Werden und Wesen. Festschrift für Erich Marcks*, Stuttgart, 1921, p. 27), c'est la différence des conceptions, selon que la notion centrale pour la vie des peuples doit être recherchée dans l'État ou dans la société, qui a constitué l'une des principales formes d'expression de l'opposition, lors de la Guerre mondiale, entre les positions allemande et occidentale; il s'est agi « du fait d'une profonde et primordiale divergence d'une guerre menée aussi sur le terrain des conceptions de l'État ». (N. d. t. : C'est une opinion similaire qu'expose Léon Duguit dans la préface qu'il rédige, après la guerre, pour son *Traité de droit constitutionnel*.)

pouvoir et encore pouvoir : la question du but et du sens de ce pouvoir était tenue pour être non-scientifique, le droit devint un simple commandement adressé par ce pouvoir à ses fonctionnaires et le juriste, l'interprète de ce commandement; la différence entre la bande de voleurs et l'État était devenue indéterminable. Des trois chemins par lesquels la pensée jusnaturaliste avait approché le problème de l'État, la théorie allemande de l'État dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle n'en connut plus qu'un seul, celui de la science juridique. Installées dans leurs tiroirs, la sociologie, la science du droit et la philosophie déclarèrent, auto-satisfaites de cet enfermement, leur autarcie. La sociologie des Comte, Spencer, Marx, Lilienfeld, Schäffle<sup>1</sup>, etc. s'imagina pouvoir bâtir l'État et la société avec l'objectivité propre aux sciences de la nature à partir, selon le cas, de la religion, de l'organisation de l'économie, de l'art ou bien encore de la race, etc., renonçant ainsi à tout point de vue axiologique de caractère éthico-juridique. La philosophie contemporaine entend faire abstraction de l'empirie et de la métaphysique et satisfaire à sa tâche en mettant en évidence des formes logiques privées de tout contenu pour ensuite les hypostasier malgré

1. N. d. t. : Paul von Lilienfeld (1829-1903), homme politique et écrivain russe ayant développé une conception strictement biologique de la sociologie. Voir : *La pathologie sociale*, Paris, Giard et Brière, 1896. Même orientation générale chez Albert Schäffle (1831-1903), auteur de *Bau und Leben des sozialen Körpers* (Structure et vie du corps social) publié en quatre volumes de 1875 à 1878. Il s'agit donc de deux auteurs de la sociologie « organiciste » proches des thèses d'un René Worms en France.



tout dans la sphère éthique. Erich Kaufman<sup>1</sup> a bien montré comment cette philosophie académique néo-kantienne a prêté main forte au formalisme juridique technique. Gerber et Laband ont inauguré, en tant que théorie de l'État, cette science du droit positiviste qui fait fi tout autant du substrat sociologique que des déterminations éthico-métaphysiques et, au bout du compte, élevé ce formalisme sans substance ni attaches, à la base comme au sommet, au rang de méthode exclusive, scientifique et juridique, de la théorie de l'État<sup>2</sup>.

Quelles furent, pour la théorie de l'État, les conséquences de cette autonomisation radicale de la science juridique ?

Il est incontestable que la clarté conceptuelle de cette science, faisant suite à la mythologie nébuleuse et à l'emphase rhétorique de certains théoriciens organicistes de l'État, des jeunes hégéliens comme de la mystique politique des Krause<sup>3</sup> et autres

1. N. d. t. : Sur Kaufmann voir, en français : Dominique Ségard « Présentation du juriste Erich Kaufmann (1880-1972) », *Cités* 1/2004, p. 149. Le livre auquel fait référence Heller est *Kritik der neukantianische Rechtsphilosophie* (Tübingen, Mohr, 1921), essentiellement dirigé contre Kelsen et qui prélude à la « querelle des orientations et des méthodes » qui enflamma la doctrine weimarienne du droit public.

2. N. d. t. : sur l'école Gerber-Laband, on se permettra de renvoyer aux chapitres qui leur sont consacrés dans : Olivier Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris, 2005, et les réf. cit.

3. N. d. t. : Karl Christian Friedrich Krause (1781-1832), philosophe polygraphe, s'inscrivant dans l'idéalisme allemand postkantien, associant rationalisme et mysticisme, a proposé un système général de la philosophie (*Abriss des Systemes der Philosophie*, Göttingen, 1828), influencé par Spinoza comme beaucoup durant la « querelle du panthéisme » ▷

Ahrens<sup>1</sup>, fut un succès pour l'honnêteté scientifique. La crainte éprouvée par le positivisme juridique face à la sociologie, la métaphysique et l'éthique, son effort unilatéral pour poser les bases d'un formalisme soit disant neutre quant aux valeurs et aux faits empiriques la condamnait cependant à se retrouver sans aucune ressource devant l'ensemble des problèmes véritables propres à la théorie générale de l'État. « Le danger que représente ce courant, écrivit Gierke<sup>2</sup>,

▷ — il propose le concept de « panenthéisme » — comportant un système général de l'éthique (*System der Sittenlehre*, Leipzig, 1810) et du droit naturel (*Grundlage des Naturrechts, oder philosophischer Grundriss des Ideales des Rechts*, Iéna, 1803; *Abriss des Systemes der Rechtsphilosophie oder des naturrechts*, Göttingen, 1828). Son influence a été particulièrement importante en Espagne durant la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle où le « Krausisme » a été vu par les autorités comme un danger pour la religion catholique. Une traduction française du premier volume du *Système de la philosophie*, réalisée par Lucien Buys, a été publiée en 1892 chez Otto Schulze à Leipzig, avec un préface de Paul Hohfeld et August Wünsche.

1. N. d. t. : Heinrich Ahrens (1808-1874) est le principal disciple de Krause auprès de qui il prit son habilitation à Göttingen en 1830. Il connut l'exil à raison de ses activités politiques durant le *Vormärz*. Il enseigna notamment à Bruxelles durant les années 1830 où ses leçons permirent un certain développement du « krausisme » en Belgique, notamment à travers son élève, Guillaume Tiberghien. Voir : Susana Monréal, « Les krausistes belges », *Revue belge d'histoire contemporaine*, XXIII, 1992/3-4, pp. 447 s. Le *Cours de droit naturel* d'Ahhrens fut traduit en français et publié en deux volumes en 1839 (6<sup>e</sup> éd., chez Brockhaus, Leipzig, 1868). Sur Krause et Ahrens : Stolleis, *GöRD*, 2, pp. 426-429.

2. N. d. t. : Otto von Gierke (1841-1921) est l'un des représentants tardifs du droit germanique et développe une théorie célèbre de la corporation et du droit corporatif (*Das deutsche Genossenschaftsrecht*, 4 vol., Berlin, 1868-1913). Sur Gierke : Stolleis, *GöRD*, 2, pp. 359-363. En français, d'importants développements dans : Georges Gurvitch, *L'idée du droit social*, reprint, Darmstadt, 1972. Voir aussi : Willy Zimmer, « Une conception organiciste de l'État de droit : Otto Bähr et Otto ▷

consiste en ce qu'il considère sa tâche accomplie dès lors que la matière revêche se trouve ramenée à un système de catégories logiques en lui-même cohérent. Les concepts peuvent bien se vider et les formules creuses, devenir d'une extrême minceur : le mince devient transparent, le creux, compréhensible et le formel, bien délimité; l'important est qu'on a ainsi satisfait aux exigences de la clarté ardemment désirée<sup>1</sup>. » Le positivisme juridique ne peut d'aucune façon parer à ce danger. Selon un mot célèbre de Bacon, la science du droit ne permet que de *tamquam e vinculis sermonicari*<sup>2</sup>, c'est-à-dire que, en tant que dogmatique juridique, elle ne peut que clarifier la signification d'impératifs juridiques prononcés par une autorité sociale donnée et, en éliminant les éléments logiquement incohérents au sein de cet ordre de domination, en systématiser les commandements. « Elle a bien l'objet d'une science empirique, d'une

▷ von Gierke », Olivier Jouanjan (dir.), *Figures de l'Etat de droit : le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001.

1. Otto von Gierke, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien*, Tübingen, 1915, pp. 1 s. (rep. sans modifications de l'article initialement paru dans : *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1874/1 et 2). (N. d. t. : il s'agit du texte célèbre par lequel Gierke, le « Germaniste », critique violemment l'école « Gerber-Laband » en tant qu'elle importe désormais, après l'avoir déjà fait dans le « droit privé germanique » [Gerber, *System des deutschen Privatrechts*, 5<sup>e</sup> éd., Iéna, 1855], la conceptualité « romaniste » de la Pandectistique dans le droit public allemand.)

2. [N. d. e. : Francis Bacon, *De dignitate et augmentis scientiarum*, liv. octavus, ch. III, 10, dans : Bacon, *Works*, éd. par Basil Montagu, t. 9, Londres, 1828, p. 83.]

science de la culture, mais la méthode d'une science de normes (*Normwissenschaft*)<sup>1</sup>. » Si l'on fait de cette méthode dogmatique de la science juridique, qui ne vise qu'à remplir des buts d'interprétation et de systématisation à l'intérieur d'un ordre juridique, la seule méthode légitime d'une théorie générale de l'État, il n'en sortira, au meilleur des cas, qu'une collection de concepts juridiques valides à l'intérieur d'États divers. L'ensemble des problèmes qui, jusque-là, étaient apparus à la pensée de l'État comme étant les plus importants, tous ces problèmes ont été bannis hors de la théorie de l'État au motif qu'ils étaient métajuridiques : ainsi les questions tenant à l'essence, la réalité et l'unité de l'État, le problème du but et de la justification de l'État, l'étude de la relation entre droit et pouvoir et avec eux, le problème de l'État en tant que tel ainsi que son rapport à la notion de société. Mais celui qui pense pouvoir évacuer ces problèmes, renoncer à une théorie générale de l'État et se contenter d'une théorie du droit de l'État (*Staatsrechtslehre*)<sup>2</sup>, celui-là se trouve prisonnier d'une grave erreur quant

1. Gustav Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1914, p. 186. (N. d. t. : *Normwissenschaft*, on traduira par « science de normes » puisque science « normative » signifierait, strictement, que cette science est prescriptive et que « sciences des normes » élargirait le champ de la science juridique à d'autres ordres normatifs.)

2. N. d. t. : on traduit *Staatsrechtslehre* par théorie du droit de l'État dans la mesure où, au XIX<sup>e</sup> siècle l'expression *Staatsrecht* (litt. : droit de l'État) a fini par désigner, d'abord le « droit public » (divisé en « droit constitutionnel » — *Verfassungsrecht* — et « droit administratif » — *Verwaltungsrecht*), puis, avec Gerber notamment en un droit constitutionnel élargi, comprenant les bases fondamentales du droit administratif tout en écartant les détails, la matière. Le domaine de ce ▷

à la véritable hiérarchie entre être, sens et devoir. En effet, la norme juridique ne saurait se détacher complètement de l'être historico-sociologique ni des points de vue axiologiques sans se retrouver, de ce fait, privée de sens et de contenu. De la même façon, une simple science du droit de l'État qui entendrait, pour des raisons méthodologiques, isoler le sens des impératifs de devoir-être sans prendre constamment en considération les problèmes sociologiques et téléologiques serait impossible.

Les conséquences de cette domination presque sans limites du positivisme juridique formaliste devaient en conséquence être les suivantes : faisait-on pleinement cas de sa méthode, la théorie de l'État devenait tout à fait impossible; c'est ce qui explique en partie ce qui a été indiqué plus haut, à savoir son infécondité presque totale en la matière. Et si l'on ne voulait pas renoncer à la théorie de l'État et que l'on voyait l'insuffisance du formalisme, il en résultait une métaphysique débridée et exubérante ainsi qu'une pseudo- ou crypto-sociologie tout aussi incontrôlée.

▷ « droit de l'État » correspond précisément au domaine que, en France, Duguit assigne à son *Traité de droit constitutionnel*, que Carré de Malberg donne à sa *Contribution à la théorie générale de l'État*, et, beaucoup plus approximativement, à ce que Hauriou a nommé *Principes de droit public*. Pour marquer la différence avec l'emploi actuel, en France, des expressions « droit public » ou « droit constitutionnel », on a préféré traduire littéralement par « droit de l'État ». « Théorie juridique de l'État » (ainsi que Georges Fardis a traduit chez Jellinek *Staatsrechtslehre*) eût été possible à condition de bien entendre qu'il s'agit là d'une théorie « exclusivement » « juridique » (*formelle*) du droit public (ou « droit de l'État »).

Mais, là où l'on se bornait à la théorie du droit de l'État se développa un psychologisme juridique et, sous le manteau de l'objectivité juridique formelle, de tous côtés passaient en contrebande des contenus sociologiques et téléologiques, de telle sorte que le résultat final de cet effort de rigueur conceptuelle dans le droit fut une complète confusion méthodique, qui n'avait plus rien de scientifique, tout à la fois dans la théorie de l'État et dans la théorie du droit de l'État. On peut montrer dans le détail cet état de la discipline à la lumière du fameux conflit des méthodes qui s'est élevé entre Gierke et Laband. Sous couvert d'une opposition entre conceptions germaniste et romaniste, un habillage qui ne convenait pas vraiment, il s'agissait en réalité d'un conflit quant à la relation que devait entretenir le monde des concepts juridiques avec son substrat sociologique comme avec la téléologie et l'éthique. Gierke reprochait au concept absolu de personne du droit romain que « la nature de son substrat », dans la manière dont il était conçu, « n'est pas pertinent au regard de l'essence de la personne morale, dès lors que celle-ci est posée comme personne » : « En revanche, le concept allemand de la personne, dans la mesure où il met au premier plan la volonté liée au plan éthique dans sa relation à d'autres volontés, exige de déterminer la personnalité collective par la communauté des personnes se trouvant associées en elle. Dans la vision du droit germanique, il appartient à l'essence de la corporation d'être une unité dans la diversité et, en conséquence, de mener, en tant qu'unité, une existence

indépendante de celle de ses membres et, en même temps, de se tenir en une relation organique à l'égard de la diversité des existences indépendantes qui en font partie<sup>1</sup>. » Au contraire, Laband soutenait la position du formalisme radical et pouvait affirmer que la personne, au sens juridique, n'a « d'autre qualité que celle d'être ce qui fait sa *pleine* essence, à savoir d'être un sujet de droit »<sup>2</sup>. De ce fait, une telle personne ne peut avoir ni éthicité, ni liberté. Et c'est seulement « le *droit* qui constitue une collectivité en sujet de droits et de devoirs et donc en personne » ; c'est lui qui fait « de la *somme* des existences particulières une *unité fondamentale* au sein de laquelle il n'y a aucune diversité »<sup>3</sup>. Gierke soulignait une fois encore que ce n'est pas « exclusivement » le droit « qui règle la question de l'association de la diversité en une unité ni celle du maintien de cette diversité dans l'unité »<sup>4</sup> : la dénégarion de l'existence d'une personnalité commune, l'affirmation de la seule réalité des individus conduit nécessairement à la « décomposition du concept d'État »<sup>5</sup>. Combien Gierke avait raison, c'est ce que montre la théorie de l'État sans État que l'on présentera plus loin. Malheureusement, dans ce juste combat contre la totale émancipation des

1. Otto von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, t. 2 (« Histoire de la notion allemande de corporation »), Berlin, 1873, p. 906.

2. Paul Laband, « Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften », *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 30, 1885, p. 492.

3. *Ibid.*, p. 495.

4. Gierke, *Grundbegriffe*, *op. cit.*, p. 114.

5. *Ibid.*, p. 88.

concepts juridiques de leurs liens sociologiques, téléologiques et éthiques, Gierke luttait avec les armes d'un organicisme qui entendait incarner l'unité de la métaphysique, de l'éthique, de la science du droit et de la sociologie. Il y a, dans la théorie organique de l'État soutenue par Gierke, cette tentative méritoire visant à concevoir l'État comme une réalité sociale et une nécessité immanente à la société. Cette théorie pensait pouvoir donner une « *explication* de la personnalité de l'État »<sup>1</sup>; elle entendait saisir l'État, « existence sociale de l'être humain »<sup>2</sup>, comme « le produit nécessaire des forces sociales qui agissent au sein des individus »<sup>3</sup>, mais confondait cette crypto-sociologie antirationaliste, par ailleurs très profonde, avec les catégories juridiques, éthiques et même biologiques et s'exposait de ce fait à des attaques parfaitement justifiées.

C'est à Georg Jellinek que revient le grand mérite d'avoir strictement distingué science du droit et sociologie juridique<sup>4</sup>. Mais après avoir opéré cette séparation, il ne trouva plus de fondement méthodologique pour étayer sa *Théorie générale de l'État*. Or, puisqu'une telle théorie générale n'est pas possible sans une sociologie, il mit à côté de sa théorie géné-

1. *Ibid.*, p. 79.

2. *Ibid.*, p. 96.

3. *Ibid.*, p. 97.

4. N. d. t. : Sur Georg Jellinek, outre le chapitre spécial qui lui est consacré dans *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, on se permet de renvoyer à : Olivier Jouanjan, « Georg Jellinek ou le juriste philosophe », préface à Jellinek, *L'État moderne et son droit*, t. 1, rééd., Paris, 2005.



rale du droit de l'État une théorie sociale générale de l'État. Mais cet ouvrage, qui est considéré aujourd'hui comme l'œuvre de référence de notre discipline, se décompose en deux parties qui n'ont entre elles aucune cohésion interne, une insuffisance d'unité que les très sèches abstractions de la partie sociologique ne suffisent pas à racheter. Enfin, Jellinek n'a pas su mener jusqu'au bout sa propre méthode. C'est ainsi, par exemple, que sa définition de l'État comme « groupement d'hommes sédentaires doté d'une puissance originelle de domination »<sup>1</sup> se dissout en éléments lâches de caractères aussi bien sociologiques que juridiques (pouvoir juridique, pouvoir social, territoire) et que la métaphysique, pourtant éliminée dans son programme, s'invite partout et notamment dans sa « théorie des buts de l'État »<sup>2</sup>.

Dans ses travaux, Richard Schmidt s'efforce de dépasser le formalisme qui dissout l'État dans un ensemble de relations logico-juridiques. Ces travaux ont le mérite d'avoir fixé des objectifs précieux à la « théorie générale de l'État » considérée à la fois comme « science auxiliaire de la science juridique »<sup>3</sup>, comme « pédagogie à destination du citoyen » et « critique constitutionnelle »<sup>4</sup>. Toutefois, la fondation et la

1. Jellinek, *op. cit.*, pp. 180 s. Voir aussi : Stolleis, *GöRD*, 2, pp. 450-455.

2. *Ibid.*, pp. 250 s.

3. Richard Schmidt, *Staatslehre*, *op. cit.*, t. 1, p. 6.

4. Richard Schmidt, « Politik », dans : K. von Stengel et M. Fleischmann (dir.), *Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts*, t. 3, 2<sup>e</sup> éd., Tübingen, 1914, p. 92.

conception théoriques de cette théorie de l'État, de loin la plus vivante, parce que celle-ci n'est animée que par l'instinct politique, restent largement dans l'obscurité. La théorie de l'État y oscille entre considérations historiques, juridiques, sociologiques et éthico-métaphysiques. De même, la *Théorie générale de l'État* de Hermann Rehm, écrite sans le moindre sens politique, malgré ses nombreux mérites juridiques dans le détail, n'est pas épargnée par un syncrétisme méthodologique consommé.

Son véritable domaine, le soi-disant positivisme purement juridique le trouva sur le terrain de la doctrine spéciale du droit de l'État (*besondere Staatsrechtslehre*)<sup>1</sup>. Celle-ci donne de fait l'illusion que l'on peut bien s'en sortir avec la loi et la logique, bien mieux

1. N. d. t. : Georg Jellinek définissait la doctrine spéciale du droit de l'État qui aurait dû venir flanquer sa *Théorie générale de l'État* — c'est-à-dire l'ouvrage paru en français dans la traduction de Georges Fardis sous le titre *L'État moderne et son droit* — comme « l'exposé des différentes institutions de l'État, en tenant particulièrement compte de la situation de l'Allemagne » (préface à la première éd. de l'*Allgemeine Staatslehre*, 3<sup>e</sup> éd., Berlin, 1914, p. VIII). L'*Allgemeine Staatslehre* forme cependant un ouvrage complet en lui-même et la doctrine spéciale eût formé non pas le second tome de *L'État moderne et son droit*, mais un volume séparé qui aurait bien sûr entretenu des liens intimes avec les théories générales. Voir les explications à ce sujet de Walter Jellinek, éditeur, après la mort de son père, des écrits et discours de Georg ainsi que de la 3<sup>e</sup> éd. (citée) de l'*Allgemeine Staatslehre* : avant-propos à Georg Jellinek, *Ausgewählte Schriften und Reden*, t. 1, Berlin, 1911, pp. XVIII s. Les fragments manuscrits de la *Besondere Staatslehre* sont publiés dans le second tome des *Ausgewählte Schriften und Reden*, op. cit., pp. 153-319. Pour Richard Schmidt, en revanche, la doctrine particulière de l'État signifie une « science qui fait d'un État particulier et concret, à l'exclusion de tout autre, l'objet de son étude » (*Allgemeine Staatslehre*, t. 1, Leipzig, 1901, p. 2.).

que dans la théorie de l'État. La science du droit de l'État, fondée par Gerber et parachevée avec Laband, travaillant à l'aide des moyens de la science du droit privé romain interprétés de manière positiviste, croyait avoir enfin trouvé dans un système juridique complet, prétendument sans lacunes, son *ordre naturel*<sup>1</sup> tout indifférent à la politique et la psychologie. On ne voulait laisser attribuer aucune signification propre à aucun but, aucun point de vue axiologique ni aucune donnée individuelle. Toute décision devait au contraire être tirée de la norme positive et seulement de celle-ci. Cette science juridique qui ne voulait admettre aucune utilité politique relative, aucun jugement de valeur social ou individuel, qui déduisait ses décisions comme des exigences logico-juridiques, à partir de soi-disant concepts « objectifs », reposait en vérité sur des définitions qu'elle avait elle-même établies et auxquelles elle avait donné une valeur absolue, sur des dogmes déduits de celles-ci *a priori*, « à partir du concept »<sup>2</sup>. En fait, les vérités apparemment si éternelles de cette science juridique de l'État se fondaient sur l'absolutisation des principes libéraux de l'État de droit, et surtout du dogme porteur de la complétude de l'ordre juridique qui remontait

1. En français dans le texte (N. d. t.).

2. On trouve de nombreux exemples instructifs dans les polémiques menées par Paul Laband dans *Archiv für öffentliches Recht* (2, 1887) contre Otto Mayer (« recension de Mayer, *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, Strasbourg, 1886 », pp. 150 s.) ou contre Jhering (« recension de Siegfried Brie, *Theorie der Staatsverbindungen*, Breslau, 1886 », pp. 317 s.).

jusqu'à l'idée selon laquelle l'application du droit devait et pouvait, dans le système de la séparation des pouvoirs, être si énergiquement soumise à la législation, que tout arbitraire d'organe serait éliminé grâce à cet ordre juridique dépersonnalisé. C'est de cette manière que Laband fit de l'État bismarcko-wilhelminien et de certaines idées juridiques libérales un absolu et que Jellinek déduisit un certain nombre de concepts normatifs logico-juridiques à partir d'abstractions psychologiques et historiques<sup>1</sup>. D'un autre côté, ce formalisme positiviste développa une dialectique qui, travaillant partout avec des conclusions erronées, nourrissait une folie d'objectivité alors même que, en vérité, elle pouvait offrir une justification juridique « objective » à toute décision quelle qu'elle soit<sup>2</sup>.

Sur le terrain du droit privé, le tournant du siècle a signifié, pour le positivisme logique, un crépuscule

1. Voir : Georg Jellinek, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Vienne, 1882, p. 34 s., où un droit de la souveraineté est déduit du concept de souveraineté. Les travaux de Kelsen et Sander offrent de nombreux matériaux à l'appui de l'affirmation faite plus haut. Voir la critique, déjà, par Gierke, *Grundbegriffe*, op. cit., pp. 5 s., pp. 85 s.

2. On trouve une critique approfondie du positivisme de droit public chez Rudolf Laun (« Der Staatsrechtslehrer und die Politik », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 43, 1922, pp. 148 s.), où celui-ci montre que l'illusion de l'objectivité « rabaisse la science juridique au rang de courtisane qui se jette au cou du premier homme de pouvoir venu » (p. 164). Sur l'absolue nécessité de l'interprétation téléologique du droit, voir, récemment : Friedrich Tezner, *Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden*, Leipzig, 1924 (*Wiener staatswissenschaftliche Studien*, nouvelle série, t. 6), pp. 13 s. et Ernst von Hippel, *Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts. Beitrag zur Methode einer teleologischen Rechtsauslegung*, Berlin, 1924, pp. 130 s.

des dieux. Les travaux de Jung, Zitelmann ainsi que ceux des tenants du « droit libre »<sup>1</sup> ont dissipé la croyance en l'absence de lacunes en droit et, avec elle, la croyance en la possibilité d'une interprétation purement logique du droit. Mais, ce faisant, de l'affirmation bornée du logicisme, on est tombé dans celle, non moins bornée, du positivisme sociologique. Le nouvel empirisme juridique, confondant trop souvent et de manière grossière validité et genèse, entendait pouvoir lire les décisions juridiques à partir des rapports sociaux de pouvoir, et fonder ainsi une science du droit purement factuelle ou bien encore une science des intérêts, dans la mesure où il concevait les lois comme « produits des intérêts », comme « les résultats d'intérêts matériels, nationaux, religieux et éthiques qui, dans toute société, entrent en conflits et luttent pour leur reconnaissance »<sup>2</sup>. Mais cette théorie du droit et de l'État, basée sur un empirisme historisant et sociologisant, s'est trouvée incapable de mettre en évidence le fondement de validité

1. Erich Jung, *Von der "logischen Geschlossenheit" des Rechts*, Berlin, 1900; Ernst Zitelmann, *Lücken im Recht* (Discours de rectorat, Bonn), Leipzig, 1903; Eugen Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1903. Josef Karner [N. d. e. : pseudonyme de Karl Renner] a donné une excellente contribution au problème de l'« efficience sociale » du droit dans : *Die soziale Funktion der Rechtsinstitute*, Marx-Studien (éd. par M. Adler et R. Hilferding), t. 1, Vienne, 1904, pp. 63-192 [p. 69].

2. Philipp Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, 1<sup>re</sup> éd., Tübingen, 1914, p. 17. Malgré une erreur méthodologique fondamentale, l'ouvrage d'Ignatz Kornfeld (*Soziale Machtverhältnisse. Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positiven Rechte auf soziologischer Grundlage*, Vienne, 1911) reste plein d'enseignements intéressants.

d'une décision particulière et, de la même façon, celui de l'ordre étatique dans son ensemble; si elle était conséquente avec elle-même, elle ne pouvait que se rapprocher de la dénégation marxiste de l'État<sup>1</sup>. C'est de cette façon que la révolution entreprise contre le logicisme juridique ne conduisit pas à une liaison interne de la science du droit et de la sociologie, mais à l'altération de l'une par l'autre pour finir en une pure confusion méthodologique dans la théorie de l'État.

Nous ne devrions pas prendre cette crise méthodologique de notre théorie de l'État, telle qu'on l'a décrite, trop au tragique si seulement elle se trouvait compensée par la force d'intuition de notre science politique. De fait, beaucoup, parmi nos théoriciens de l'État, estiment qu'une méthodologie trop poussée équivaut à une paralysie de la productivité scientifique. Aussi juste que cela puisse être, on ne peut conclure, à l'inverse, de la confusion méthodique à une puissance créatrice particulière de la théorie. Les mondes français et anglo-saxon, mais aussi les Slaves et les Scandinaves possèdent une vaste littérature politique, dont les qualités scientifiques, le plus souvent, ne sauraient vraiment en imposer aux Allemands, mais qui a cette capacité que nous ne pouvons contester, de satisfaire aux besoins de la vie politique. La consolation et les talents du peuple des poètes et penseurs résident cependant dans sa disposition à la théo-

1. En ce sens : Franz Oppenheimer, *Der Staat*, Francfort, 1907 (*Die Gesellschaft. Sammlung sozialpsychologischer Monographien*, 14/15); Ludwig Gumplowicz, *Grundriß der Soziologie*, 2<sup>e</sup> éd., Vienne, 1905, pp. 190 s.; du même, *Allgemeines Staatsrecht*, 3<sup>e</sup> éd., Innsbruck, 1907.

rie et il est donc de ce fait déplacé de considérer que les insuffisances de notre théorie de l'État pourraient être compensées par une telle confusion méthodologique. Ceci mis à part, le peuple allemand a déjà disposé, durant la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, à travers les œuvres d'un Dahlmann<sup>1</sup>, d'un Stein<sup>2</sup>, d'un Mohl<sup>3</sup>,

1. N. d. t. : Friedrich Christoph Dahlmann (1785-1860), historien allemand appartenant (avec notamment Droysen et Mommsen) au groupe des Germanistes libéraux — il fut l'un des « Sept de Göttingen » — et devint l'un des membres les plus actifs de l'assemblée constituante de Francfort en 1848-1849. Il est l'auteur d'une *Politik, auf den Grund und das Maß der gegebenen Zustände zurückgeführt* (Göttingen, 1835), « une reprise du modèle aristotélicien dans les conditions du premier constitutionalisme » (Stolleis, *GöRD*, 2, p. 180). Voir, en français : Jean-Yves Calvez, *Politique et histoire en Allemagne au XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, PUF, 2001.

2. N. d. t. : Lorenz von Stein (1815-1890), juriste, historien, économiste et précurseur des sciences administratives, marqué par Hegel, est l'auteur notamment de *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich* (3 vol., 1850) et d'une imposante *Verwaltungslehre* (8 vol., 1865-1884). Stolleis, *GöRD*, 2, pp. 388-393. En français : L. von Stein, *Le concept de société*, trad. Béghin, intr. Waszek, Grenoble, 2002; N. Waszek, « L'État de droit social chez Lorenz von Stein », O. Jouanjan (dir.), *Figures de l'État de droit*, op. cit., pp. 193 s.; O. Jouanjan, « Sur une origine allemande de la notion d'État social : Lorenz von Stein et le concept de société », *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, nouvelle série n° 6, 2003, pp. 159 et s.; du même, « Lorenz von Stein et les contradictions du mouvement constitutionnel révolutionnaire », *Annales historiques de la Révolution française*, 328, 2002, pp. 171 s.

3. N. d. t. : Robert von Mohl (1799-1875), juriste et homme politique libéral, ministre de la justice du gouvernement installé par l'Assemblée constituante de Francfort, a notamment popularisé l'idée d'« État de droit » durant le *Vormärz* (parmi ses nombreux ouvrages et travaux : *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates* (1<sup>re</sup> éd., 1832), 2 vol., 3<sup>e</sup> éd., Tübingen, 1866). On le considère comme un « libéral, qui appartenait à l'aile pragmatique et rationaliste du libéralisme, un positiviste et empiriste du droit de l'État et du ▷

d'un Held<sup>1</sup>, etc., d'une théorie scientifique de l'État de grande valeur pour l'éducation politique. Ce n'est qu'avec la domination du positivisme juridique que les choses sont allées si loin que nous ne sommes plus en mesure d'aligner un seul ouvrage de théorie de l'État aux côtés des travaux d'un Bryce<sup>2</sup> ou d'un Kjellén<sup>3</sup>. La faute en revient à cette erreur que commet depuis deux générations notre science de l'État en croyant devoir éviter l'ensemble des problèmes

▷ droit administratif qui pensait de façon systématique, mais pas à vrai dire un théoricien de l'État » (Stolleis, *GöRD*, 2, pp. 173-174).

1. N. d. t. : Joseph Held (1815-1890), professeur à l'Université de Würzburg, assigne à la discipline du droit général de l'État la tâche de « discuter d'un point de vue juridique les concepts et rapports généraux sur lesquels repose le droit positif et qu'aucune loi ne détermine ainsi que les règles scientifiques exactes sans lesquelles l'application du droit positif est impossible » (cité par Stolleis, *GöRD*, 2, p. 433). Ses principaux ouvrages sont : *System des Verfassungsrechts der monarchischen Staaten Deutschlands*, 2 vol., Würzburg, 1856-1857; *Staat und Gesellschaft*, 3 vol., Leipzig, 1861-1865; *Grundzüge des allgemeinen Staatsrechts*, Leipzig, 1868.

2. N. d. t. : James Bryce (1838-1922), professeur de droit civil à Oxford, publie *The American Commonwealth* (2 vol., 1888, nombreuses éditions anglaises et américaines) qui ne se contente pas de décrire les institutions mais en reconstruit l'histoire et cherche à les comprendre à partir d'une analyse de caractère sociologique analysant, dans le second volume, le système partisan, l'opinion publique et les institutions sociales des États-Unis. Un de ses premiers ouvrages était consacré au Saint-Empire romano-germanique : *The Holy Roman Empire*, 1864, rééd. New York, 1904.

3. N. d. t. : Rudolf Kjellén (1864-1922), professeur de sciences politiques à l'Université de Göteborg puis à Uppsala, ce politologue suédois a créé la notion de « géopolitique » en même temps que les linéaments de la discipline dans la lignée du précurseur que fut l'Allemand Friedrich Ratzel (1844-1904) avec sa « géographie politique ». Son œuvre principale est *Staten som livsform* (L'État comme forme de vie), publiée à Stockholm en 1916.



sociologiques et éthiques que rencontre la vie de l'État. Que les constructions scolastiques telles que celle que consacre Georg Jellinek au problème de la représentation soient inutilisables même pour des sciences spéciales, cela est très étroitement lié au fait qu'aucun lecteur d'un tel chapitre n'est en mesure de saisir à la lumière de ces développements en quoi consiste la problématique intellectuelle et la signification politique éminente de la représentation<sup>1</sup>. La crise théorique et la crise politico-pédagogique de notre théorie de l'État se conditionnent mutuellement.

## 2.

Une orientation scientifique nouvelle promet de sortir radicalement de cette crise méthodologique, à savoir la « théorie pure du droit » fondée et développée par Hans Kelsen. Le chef de cette école dite de Vienne, qui peut se réjouir de rencontrer une attention et un respect croissants en Allemagne aussi, publie, un quart de siècle après la parution du dernier grand ouvrage en la matière, une volumineuse *Allgemeine Staatslehre*<sup>2</sup> qui autorise un examen systématique des résultats obtenus par les travaux monographiques de Kelsen et de ses nombreux disciples.

1. Sur ce point : Carl Schmitt, *Römischer Katholizismus und politische Form*, Hellerau, 1923, pp. 54 s.

2. Kelsen, *Staatslehre*, op. cit., XVIII et 433 pages.

La théorie pure du droit est l'héritage trop tardif du positivisme juridique logiciste<sup>1</sup>, l'accomplissement parfaitement conséquent du programme anti-sociologique et anti-axiologique du labandisme. Elle entend définitivement purifier la théorie du droit et de l'État de tous ces produits de contrebande psycho-sociologiques et politico-axiologiques que celle-ci traîne encore illégitimement avec elle. Il convient de dire tout de suite que Kelsen et son école ont rendu de très importants services critiques à l'occasion de ce travail de purification. Kelsen ne souhaite pas, cependant, éduquer le sens critique du juriste ni lui faire prendre conscience de la question de savoir si et à quel moment il lui faut réfléchir à partir de certaines données historiques, si et à quel moment il lui faut porter un jugement de valeur. Au contraire ! Sa logique des normes, travaillant sur un seul plan, entend faire de la science du droit une pure science de normes; elle vise à une exclusion radicale de tous les éléments substantiels hors des concepts juridiques qui doivent être compris comme des formes pures; elle aspire à une « géométrie du phénomène juridique total »<sup>2</sup>.

Mais alors comment se présente cette conception du monde juridique qui se construit à l'aide de la

1. Par un contraste bienvenu et clarificateur par rapport à ses propos antérieurs concernant la « nouvelle théorie du droit de l'État », Kelsen précise très justement dans cet ouvrage (*op. cit.*, p. VII) sa position scientifique en ce qu'il voit de façon beaucoup plus claire qu'auparavant combien son propre travail repose sur celui de ses devanciers, Gerber, Laband et Jellinek.

2. Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Vienne, 1911, p. 93.

pure logique et des coquilles vides des pures formes juridiques ? D'un côté, on a le domaine de l'être, qu'il faut ignorer, qui ne peut être compris que par l'explication causale et qui est totalement étranger à la dimension du sens : une cohorte naturelle de réalités sensibles juxtaposées parmi lesquelles il faut compter le monde humain et social, y compris le moi empirique. De l'autre côté, sans qu'on puisse concevoir un lien, sans la médiation d'une sphère d'entités individuelles ou sociales qui devraient être comprises d'un point de vue téléologique, se dresse l'empire du devoir-être idéal, nécessairement vide de contenus, un monde de pures formes où l'on ne trouve plus de traces de boue, trop gênante à porter. Et c'est là que se retire le logicien des normes, loin de cette accablante profusion de matière qui fait l'empirie moderne et la sociologie, aussi bien que loin de tout ce subjectivisme éthico-métaphysique qui le fait frissonner. Cet *ordre naturel*<sup>1</sup> est parfaitement objectif, mais aussi extrêmement confortable, qui laisse en paix tout aussi bien le monde empirique que le relativisme de notre vouloir, puisque ses formes pures doivent être construites comme des normes vidées de contenus, conformément aux présupposés de la théorie. Il n'y a aucune médiation entre l'être et le devoir-être, comme d'ailleurs, au nom de la « pureté de la méthode », il n'y a pas de sciences de l'esprit, psychologique ou sociologique (*geisteswissenschaftliche Psychologie und Soziologie*).

1. En français dans le texte (N. d. t.).

Dans ces conditions, comment se présente la « théorie générale de l'État » d'une telle pure science de normes ? Kelsen lui assigne pour but de mettre en évidence le concept d'État qui « se trouve à la base » des problèmes « habituellement » traités par la discipline dite théorie générale de l'État, sinon de tous ces problèmes, du moins de la plupart d'entre eux, « des plus importants »<sup>1</sup>. On peut être curieux de savoir, la problématique étant ainsi posée, comment Kelsen va-t-il bien pouvoir se tirer d'affaire. En effet, il ne pourra contester que parmi les principaux problèmes habituellement traités par la théorie générale de l'État on compte précisément la question sociologique et éthico-politique, de même qu'il ne pourra nier le fait que celle-ci — comme d'ailleurs bien d'autres — se situe au-delà de l'horizon de sa théorie pure qui la considère comme « métajuridique ». Kelsen a tranché le nœud gordien en donnant à son ouvrage un titre positif et un contenu négatif. Il intitule son livre *Théorie générale de l'État* et explique, dans son contenu, que celle-ci n'est pas possible. Il appelle les deux premiers chapitres de son ouvrage respectivement « État et société (la théorie de l'État comme sociologie) » et « État et morale (la théorie de l'État comme politique) » et montre, dans leurs contenus, en peu de page que ces deux problèmes ne sont que des questions à la Falstaff — et pas seulement pour la théorie pure du droit. « Compléter la théorie du droit de l'État par une sociologie de l'État », ce ne serait guère

1. Kelsen, *Staatslehre*, op. cit., p. 5.

« plus pertinent que de rapprocher la doctrine du droit privé de la biologie et psychologie humaines pour en faire une seule discipline »<sup>1</sup> : une absurdité complète, donc. La théorie de l'État comme politique quant à elle conduit « toujours, au bout du compte, à en revenir à ce domaine métaphysique et subjectif »<sup>2</sup> qu'il convient précisément, conformément aux principes de la théorie pure, de remplacer par des « catégories transcendantales en tant que conditions de l'expérience »<sup>3</sup>. L'auteur explique ainsi sèchement non pas seulement qu'il faut choisir entre théorie pure du droit et théorie générale de l'État, qu'on ne peut pas faire les deux à la fois, mais bien que la théorie générale de l'État en tant que telle n'est pas du tout possible. Reste à se poser la question de savoir pourquoi il a donné à son livre un titre qui de ce fait induit en erreur ?

S'agissant de l'impossibilité de la théorie générale de l'État, Kelsen nous console grâce à l'affirmation, audacieuse sans doute, mais historiquement fausse à l'évidence, selon laquelle la théorie du droit de l'État serait « la partie de loin la plus importante et, en tout cas, la plus substantielle [!] » de la théorie générale de l'État<sup>4</sup>. Admettons ! La théorie pure du droit nous

1. *Ibid.*, p. 7; voir aussi p. 19.

2. *Ibid.*, p. 44. Il est intéressant de constater (*ibid.*, p. 45) que Kelsen se heurte ici à une relativisation du dualisme entre être et devoir-être et en vient à opposer aux postulats simplement éthico-subjectifs l'« État réel » et l'ordre juridique « positif » en tant qu'un « être » dont la signification est à même de renverser toute sa théorie.

3. *Ibid.*, p. VII.

4. *Ibid.*, p. 7.

fournit-elle au moins une théorie générale de l'État ? Non. Car après avoir supprimé de façon plus ou moins heureuse les angles morts de la « société » et de la « morale », elle fait aussi disparaître... l'État ! Et à ce moment, il convient de prendre au sérieux l'étrange affirmation de l'« unité de l'État et du droit »<sup>1</sup> : la « théorie de l'État en tant que théorie du droit de l'État » devient exclusivement une « théorie du droit *objectif*. Et non la théorie d'un quelconque droit *subjectif* ou d'un quelconque *sujet* de droits ». C'est pourquoi la théorie dominante de « l'État comme sujet de droit, c'est-à-dire comme personne » est fausse<sup>2</sup>. Et de ce résultat ainsi acquis mais décevant d'une théorie de l'État sans État, Kelsen nous console à nouveau avec l'affirmation suivante encore plus audacieuse, mais historiquement encore plus fausse : « Si l'on examine toutefois ce que sont ces problèmes qu'expose la théorie générale de l'État l'on s'aperçoit qu'il s'agit d'une théorie *plus générale* du droit que celle que se représente la théorie générale de l'État. À côté de la question de l'essence de l'État (et donc du droit), ce sont les problèmes de la *validité* et de la *production* de l'ordre étatique<sup>3</sup>. »

Le résultat, tout de même tragique, qui voit disparaître en fin de compte de la théorie de l'État le droit de l'État et, avec lui, l'État, ne saurait nous surprendre. Qui, dans les sciences de la culture, fait par prin-

1. *Ibid.*, pp. 16 s.

2. *Ibid.*, p. 47.

3. *Ibid.*, p. 45.

cipe de l'objet de la connaissance le pur « produit de la méthode », doit bien s'en tenir, dans la théorie du droit de l'État aussi, au primat de la méthode logico-juridique à l'égard des données empiriques et historiques et dissoudre celles-ci en pures relations idéelles. Ici aussi, Kelsen ne fait que mener à bien le programme du positivisme logiciste des Laband, Stammler<sup>1</sup> et autres Binder<sup>2</sup>, tous influencés par le néo-kantisme. Il serait toutefois injuste, comme le fait Erich Kaufmann, de condamner en bloc la philosophie du droit néo-kantienne pour cette auto-substitution du droit et de l'État. C'est seulement l'école de Marbourg — et plus spécialement le maître de Kelsen, Cohen — qui a fait de la théorie juridique une « mathématique des sciences de l'esprit »; Cohen

1. N. d. t. : Rudolf Stammler (1856-1938), professeur à Giessen, Halle puis Berlin, est considéré comme l'un des principaux rénovateurs de la philosophie juridique au sein des facultés de droit allemandes autour de 1900, et notamment comme l'un des principaux représentants du néo-kantisme juridique. À la fin de sa vie, il s'est compromis avec le régime national-socialiste. Sur Stammler, en français, on consultera le texte critique que lui a consacré Max Weber : *Rudolf Stammler et le matérialisme historique*, trad. M. Coutu et D. Leydet, P.U. Laval, 2001.

2. N. d. t. : Julius Binder (1870-1939) fut, avec Stammler, l'un des principaux philosophes du droit allemand, au début du xx<sup>e</sup> siècle. D'obédience néo-kantienne dans un premier temps, il emboîte le pas de la « Hegel-Renaissance » dans les années 1920 et forme au néo-hégélianisme juridique des auteurs importants tels que Karl Larenz, Gerhard Dulckheit ou Walther Schönfeld. Sans doute sous l'influence de ces disciples zélés, il se compromet avec le National-socialisme et introduit à la fin de sa vie des éléments racistes et antisémites dans son discours. Sur Binder et le mouvement néo-hégélien sous Weimar et le Troisième Reich, en français : Sylvie Hürstel, *Au nom de Hegel. Les juristes néo-hégéliens et la philosophie du droit de Weimar au Troisième Reich*, P.U. Rennes, 2010.

avait déjà soutenu le principe selon lequel « la théorie de l'État ne peut être qu'une théorie du droit de l'État. La méthode de la théorie de l'État réside dans la théorie juridique »<sup>1</sup>. Mais un autre néo-kantien de l'école du Sud-Ouest, à vrai dire inhabituellement indépendant d'esprit, Emil Lask, avait livré la critique de cette doctrine avant même que Kelsen et la théorie pure du droit n'entrent en scène, et cette critique reste jusqu'à aujourd'hui insurpassée dans sa précision et son caractère définitif<sup>2</sup>. Lask ne s'est pas contenté de mettre clairement en évidence l'imprégnation téléologique de tous les concepts juridiques, la nécessaire relation entre éthique et science du droit et, façon générale, l'indispensable référence que la science juridique doit faire au « pré-juridique » ; il a aussi et surtout établi que, « entre le traitement méthodologique

1. Hermann Cohen, *Ethik des reinen Willens*, 3<sup>e</sup> éd., Berlin, 1921, p. 67, 64 ; Kelsen renvoie expressément à ce dernier passage : *Staatslehre*, op. cit., p. 383. (N. d. t. : Hermann Cohen [1842-1918] est, avec Paul Natorp et Ernst Cassirer, l'une des figures majeures du néo-kantisme dit de l'école de Marbourg. Sur l'éthique de Cohen, en français : Arno Münster, *L'école de Marbourg : le néo-kantisme de Hermann Cohen vers le socialisme éthique ?*, Paris, 2004.)

2. Emil Lask, « Rechtsphilosophie », *Die Philosophie im Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts. Festschrift für Kuno Fischer*, 2<sup>e</sup> éd., Heidelberg, 1907, pp. 297 s. (N. d. t. : Emil Lask [1875-1915], élève des principaux représentants du néo-kantisme du Sud-Ouest, Heinrich Rickert et Wilhelm Windelband, également influencé par la phénoménologie de Husserl, a exercé, malgré sa disparition précoce — il fut tué en Galice durant la Première Guerre mondiale — une influence certaine sur le milieu philosophique allemand de son époque, notamment sur Heidegger et Luckács [voir : Theodore Kisel, « Why Students of Heidegger will have to read Emil Lask », *Man and World*, 28, 1995, pp. 197 s.]. Le texte de Lask cité par Heller demeure l'un des classiques de la philosophie allemande du droit.)



des concepts pré-juridiques et des concepts scientifiques du droit, l'on ne peut entreprendre aucune séparation de principe »<sup>1</sup>, que, « en particulier, l'existence d'une conceptualisation pré-scientifique ne joue nulle part un rôle aussi important que dans la science du droit »<sup>2</sup>. Dans l'opposition que l'on fait, au sein de la science du droit, entre l'étude de la réalité et la recherche de la signification, n'apparaît que trop clairement « l'idée d'une opposition spéculative ultime entre devoir-être et être, normes et lois de nature, entre considération normative et considération génétique, et souvent ce dualisme méthodique absolu — notamment chez Jellinek, Kistiakowski<sup>3</sup>, Kohlrausch<sup>4</sup>, Eltzbacher<sup>5</sup> — a été exploité afin de caractériser la

1. *Ibid.*, pp. 300 s.

2. *Ibid.*, p. 305.

3. N. d. t. : Theodor Kistiakowski (dates inconnues) fut un disciple — bien oublié aujourd'hui — des néo-kantiens de l'école du Sud-Ouest et notamment de Wilhelm Windelband et Georg Simmel. Sa principale contribution aux sciences sociales naissantes fut : *Gesellschaft und Einzelwesen. Eine methodologische Studie*, Berlin, 1899. Il est considéré, avec Jellinek, comme un tenant de la distinction et de la complémentarité entre théorie sociale et théorie juridique de l'État : Lask, *op. cit.*, pp. 301 s. Voir aussi : Fritz Loos, *Zur Wert- und Rechtslehre Max Webers*, Tübingen, 1970, p. 96, note 22.

4. N. d. t. : Il s'agit sans doute d'Eduard Kohlrausch (1874-1948), professeur de droit pénal à Berlin et éditeur de la série *Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft* (Berlin, Springer) qui publia, en 1925, l'*Allgemeine Staatslehre* de Kelsen. Il fut profondément compromis dans le régime national-socialiste.

5. N. d. t. : Probablement Paul Eltzbacher (1868-1928), qui fut d'abord proche des mouvements anarchistes avant de se faire bolchéviste après la Première Guerre mondiale. Voir, en français : Paul Eltzbacher, *L'anarchisme*, trad. par O. Karmin, Paris, 1902, un livre qui reçut l'éloge de Kropotkine (préface du traducteur, pp. 7 s.).

science du droit. Seulement, il n'y aurait pas de négation plus funeste des frontières méthodologiques que celle qui consisterait, par ailleurs, malgré toutes les analogies indubitables, à méconnaître la polysémie du concept de norme, le fossé qui sépare son sens philosophique de son sens empirique et à faire passer, peut-être sans s'en rendre compte, la science du droit, conçue comme "science de normes", dans une opposition frontale avec les disciplines purement empiriques. Bien sûr, la science du droit, tout comme la philosophie, n'a pas pour objet un existant mais un simple signifiant, pas un être, mais un devoir-être, une incitation à obéir. Mais tandis que, dans la philosophie, ce caractère de devoir provient d'une valeur absolue pour laquelle il n'existe aucune autorité empirique, pour la science du droit, ce même caractère trouve son fondement formel dans un commandement positif de la volonté de la communauté »<sup>1</sup>. Lask avait ainsi constaté que le point de vue copernicien pour lequel la réalité vaut en tant que produit de synthèses catégoriales trouve ses limites précises dans l'ensemble des sciences de la culture et en particulier dans la science juridique et que la problématique de celle-ci se situe justement dans cette compénétration singulière de l'empirie et de l'étude idéale des significations.

Cependant, le rationalisme juridique d'un Kelsen, tellement fier de la pureté de sa méthode, pratique précisément cette négation des frontières méthodolo-

1. *Ibid.*, p. 304 s.

giques qui est si funeste selon Lask parce que, en transposant sans autre forme de procès ce tournant copernicien aux sciences de la culture et du droit, on n'est disposé à admettre aucuns contenus, aucunes données qui ne soient rationalisables. Sa construction logique du droit produit — à la manière des mathématiques où l'on déduit rationnellement le membre d'une série du principe de la série — un empire de pures formes juridiques planant librement par-dessus un monde social et historique privé de sens, complètement indépendamment de ce dernier, tel un jeu de concepts étalé par le logicien souverain des normes. Que ce rationalisme installé sur une surface plane que son programme a complètement désubstantialisé ne rencontre aucune résistance de frottement due à des contenus quelconques et doive dissoudre, en même temps que l'État, des oppositions qui n'ont rien d'absolu mais sont seulement sociologiquement fondées entre le public et le privé, le droit objectif et le droit subjectif et, avec elles, le concept de souveraineté, tout cela n'a rien pour surprendre : c'en est la conséquence évidente. Le miracle consiste au contraire en ceci que, malgré tout cela, Kelsen puisse écrire une théorie de l'État — même s'il ne s'agit que d'une théorie du droit de l'État — et qu'il a ainsi manifestement trouvé sur sa surface sans frottements quelque chose qui résiste, un point d'appui qui ne peut plus être refoulé par la méthode et à partir duquel peuvent commencer ses constructions.

Il va de soi que Kelsen n'est en mesure de découvrir ces points d'Archimède qu'en important de

l'impureté dans sa méthode pure du droit. Il devient, à cet endroit précis, vraiment embarrassant de devoir ramener dans la théorie ces quelques traces de boue dont on a nié l'existence, dès lors qu'on voit comment, à travers d'incessants décalages linguistiques, on ramène en contrebande, sans s'en apercevoir, certaines données sociologiques<sup>1</sup>. Or, c'est de cette manière que procède Kelsen et, avant tout, s'agissant du concept d'État lui-même. Il écrit encore, dans ses *Hauptprobleme*, que l'on ne saurait en aucun cas identifier « la personne de l'État ou sa volonté avec l'ensemble impersonnel de jugements (...) tel que se présente l'ordre juridique »<sup>2</sup>. Les contradictions immanentes à la théorie — comment doit-on comprendre une personne étatique du point de vue d'une logique des normes ? — contraignent Kelsen, dans ses travaux ultérieurs et, désormais, dans sa *Staatslehre*, à dépersonnaliser radicalement l'ensemble de l'ordre juridique<sup>3</sup> et à mettre en œuvre cette identification autrefois interdite de l'État et du droit. Désormais, l'ordre juridique doit être reconnu comme « un système de normes et l'État comme un ordre juridique »<sup>4</sup> : ce faisant l'on a escamoté le moment crucial de tous les problèmes de l'État, à savoir la relation de

1. C'est ce qu'a montré, déjà, Ernst von Hippel s'agissant de quelques uns des concepts porteurs du système kelsénien : « Zur Kritik einiger Grundbegriffe in der "Reinen Rechtslehre" Kelsens », *Archiv der öffentlichen Rechts*, 44, 1923, pp. 327 s., en part. pp. 335 s.

2. Kelsen, *Hauptprobleme*, *op. cit.*, p. 233.

3. Sur ce point, la critique de Siegfried Marck, *Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie*, Tübingen, 1925, pp. 83 s.

4. Kelsen, *Staatslehre*, *op. cit.*, p. 7.

l'État et du droit. Appareil de contrainte n'est qu'une « image » pour ordre de contrainte<sup>1</sup>, communauté de droit équivaut à ordre juridique, et État à droit : c'est grâce à de telles équivalences parfaitement arbitraires que Kelsen s'offre à nouveau la possibilité, par un simple jeu sur les mots, de réimporter toute la sociologie dans ses concepts juridiques purs et fondamentaux. Dans la mesure où Kelsen appuie sa théorie du droit de l'État en permanence sur une interversion des concepts d'ordre normatif et d'ordre ontologique — car sinon comment une théorie pure du droit pourrait-elle seulement approcher les questions de la « validité et de la production de l'ordre juridique » ? ! — il en vient, en fin de compte, à ce point où le *quaternio terminorum* devient inadmissible, où la « terminologie habituelle » ne peut plus être esquivée, et où il faut constater que : l'« État » peut « construire des hôpitaux et soigner les malades dans ceux-ci, établir des écoles et dispenser un enseignement, gérer un

1. *Ibid.*, p. 17 et *passim*. Voir aussi : Hans Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Tübingen, 1922 [N. d. e. : pp. 82 s.]. S'il était conséquent, Kelsen devrait identifier conscience juridique et conscience politique, le club de bowling et ses statuts, la Société de la langue allemande et la grammaire allemande, l'Église catholique et le code de ses règles, chacun de ces ordres devant être compris comme un système normatif idéal. S'agissant de l'Église — comme d'ailleurs dans d'autres cas — Kelsen échappe aux conséquences absurdes en caractérisant l'Église comme un « ordre de la vie religieuse » (*Staatslehre*, *op. cit.*, p. 133), et si le lecteur peut voir dans cet ordre un ordre de l'être, Kelsen lui peut penser à un ordre du devoir-être idéal. Toutefois, ce qui reste obscur, c'est ce que l'on doit se représenter lorsque la « théorie pure du droit » évoque une « communauté juridique constituée par un ordre » (*Staatslehre*, p. 171), ou les « normes ... de l'ordre social » (*Staatslehre*, p. 326).

réseau de chemins de fer », autrement dit, il « peut immédiatement poser par lui-même les conditions matérielles propices à des buts de puissance ou de culture »<sup>1</sup>. Et c'est alors un véritable *deus ex machina* qui saute sur la scène, « un concept de l'État très spécial, extrêmement complexe et exclusivement matériel au plan juridique »<sup>2</sup>, dont personne ne sait d'où il vient mais dont il est bien certain qu'il ne provient pas de la théorie pure du droit alors même que, malgré tout, la théorie « pure » du droit de l'État s'en sert *nolens volens* de façon explicite à plusieurs reprises<sup>3</sup> et, beaucoup, beaucoup plus souvent, de manière implicite. Parce que, en effet, l'assimilation selon laquelle l'État équivaut au droit fait que Kelsen, toutes les deux ou trois pages, opère avec des notions du droit et de l'État qui lorgnent tantôt du côté de la logique des normes, tantôt du côté de la sociologie, bien avant même qu'intervienne le « concept juridique matériel » qui infirme formellement l'unité du point de vue de la connaissance. C'est ainsi qu'une phrase particulièrement intéressante explique que l'« État » comme « unité sociale spécifique » ne peut être conçu que « comme un ordre, que comme un système de normes »<sup>4</sup>, que par un va-et-vient permanent l'État est dit un « collectif »<sup>5</sup>, un « groupe social »<sup>6</sup>,

1. Kelsen, *Staatslehre*, op. cit., pp. 238 s.

2. *Ibid.*, p. 239.

3. *Ibid.*, p. 5, pp. 275 s.

4. *Ibid.*, p. 34.

5. *Ibid.*, p. 132.

6. *Ibid.*, p. 266.

puis à nouveau « le point ultime de l'imputation »<sup>1</sup>, que « l'unité de l'ordre » est dite « un principe logique »<sup>2</sup> et pourtant aussi un « groupement » et, de la même manière, que tout autre « groupement social » est dit, « dans l'ordre des faits matériels d'imputation (*zurechnende Tatbestände*), unité constituée de ces faits matériels eux-mêmes »<sup>3</sup>. Ces produits exemplaires de la « pureté méthodologique » devraient suffire !

Après avoir constaté que l'*Allgemeine Staatslehre* de Kelsen, conformément aux présupposés ultimes de son auteur, n'est pas une théorie de l'État, il nous reste encore à noter que cette théorie pure et conséquente du droit ne peut être davantage une théorie du droit de l'État. En effet, il n'existe aucun concept juridique qui puisse être détaché de toute sociologie et de toute éthique. La pure science de normes de Kelsen est certes une logique, mais non une science du droit, pas même au sens d'une « géométrie du phénomène juridique total »<sup>4</sup>. En effet, le phénomène

1. *Ibid.*, p. 268.

2. *Ibid.*, p. 5.

3. *Ibid.*, p. 268.

4. [N. d. e. : Kelsen, *Hauptprobleme*, p. 93, voir *supra*.] Lorsque les disciples de Kelsen limitent la tâche de la théorie pure du droit à « traiter les problèmes constitutifs/préalables à toute expérience du droit, à rechercher les concepts fondamentaux et les principes synthétiques qui en sont les corollaires, à étudier ceux-ci dans leur cohérence logique » (Felix Kaufmann, « Theorie der Rechtserfahrung oder reine Rechtslehre ? Eine Entgegnung », *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vienne, 3, 1922/3, p. 258), il convient de répondre qu'une théorie *a priori* du droit, en tant que théorie « pure », paraît inconcevable à raison de l'impossible liaison entre la forme juridique et le problème de la décision individuelle. Les concepts fondamentaux ne peuvent être construits qu'à ▷

juridique « total » ne peut être construit que sur la base d'une prise en considération permanente de ses référents sociologiques et téléologiques. Le fait que la théorie pure du droit n'est pas à même de faire face à ce problème de construction se voit, par exemple, dans la doctrine kelsénienne de la souveraineté. Tout d'abord, l'assimilation prohibée (État = droit) simplifie le problème en ce que la souveraineté ne serait pas la propriété de l'État, mais celle d'un ordre juridique en tant que système idéal de normes. Ce faisant, on élimine sans autre forme de procès le problème sociologique du pouvoir et la question éthique de la liberté et l'on apprend, stupéfait, que la souveraineté serait un principe logique que l'on ne peut comprendre que comme « l'expression de l'unité d'un ordre » et de la « pureté de la connaissance juridique »<sup>1</sup>. Qui peut croire sérieusement que l'on peut reformuler de cette manière les rapports sociologiquement individualisés de domination en rapports logiques de dépendance<sup>2</sup> ?

▷ partir du système. Mais, au bout du compte, le système résulte de relations sociologiques individualisées et non pas de relations logiques.

1. Kelsen, *Staatslehre*, op. cit., pp. 105 s.

2. Voir la lumineuse critique du concept kelsénien de souveraineté chez Carl Schmitt : « Soziologie des Souveränitätsbegriffes und politische Theologie », *Hauptprobleme der Soziologie. Erinnerungsgabe für Max Weber*, Munich, 1923, t. 2, pp. 13 s. Schmitt comprend le problème de la souveraineté comme un problème de la forme juridique et de la décision et voit très justement la *radix malorum* de la doctrine kelsénienne dans sa complète dépersonnalisation. Au plan sociologique comme au plan juridique, l'objection devrait être élargie au fait que Kelsen n'attribue aucune fonction logique à l'« individualité social-typique » (au sens de Siegfried Kracauer, *Soziologie als Wissenschaft. Eine erkenntnistheoretische Untersuchung*, 2<sup>e</sup> éd., Dresde, 1922, p. 115). Voir aussi : Marck, op. cit., pp. 20 s.



puisque, comme le remarque très justement Kelsen lui-même, le problème de la positivité juridique « est un problème des relations substantielles entre un système de valeurs et un système de la réalité lui correspondant »<sup>1</sup>, puisque la formation par degrés de l'ordre juridique à partir de l'acte individuel, en passant par le règlement, la loi et la constitution positive, du fait d'un « parallélisme caractéristique entre fait dans l'ordre de l'être et norme », débouche pour finir « dans la *norme fondamentale* qui fonde l'unité de l'ordre juridique dans son mouvement propre [!] », bref : puisqu'un « acte psycho-physique » [! !] doit être accompli « qui porte la norme de degré inférieur »<sup>2</sup> — pour toutes ces raisons, justement, ce « mouvement propre spécifique »<sup>3</sup> du droit n'est pas une spécification logique mais bien sociologique; pour toutes ces raisons, justement, la positivité repose en dernière instance sur la facticité; pour toutes ces raisons, l'État n'est pas un système idéal de normes, mais un groupement de domination et pour toutes ces raisons, la théorie pure du droit doit capituler et recourir au syncrétisme méthodologique, pour autant qu'elle ne veut pas être un positivisme sans positivité, une théorie de l'État sans État ni une science du droit sans droit.

Par sa nature, le présent travail ne saurait entrer dans le détail des mérites qui reviennent à Kelsen et à

1. *Ibid.*, p. 19.

2. *Ibid.*, p. 249.

3. *Ibid.*, p. 248.

son école, des mérites qui n'ont pas encore été suffisamment appréciés à leur juste mesure et qui tiennent à la réflexion méthodologique imposée à la théorie du droit de l'État. Sans aucune sorte d'ironie, je vois cependant le plus grand mérite de Kelsen dans le fait qu'il a définitivement conduit le positivisme juridique logiciste dans la théorie de l'État *ad absurdum* tout en s'en faisant, sans concessions, le défenseur le plus vigoureux et le plus subtil. Bernatzik<sup>1</sup>, le maître de Kelsen puis le mien encore, avait l'habitude de dire que le tact vaut mieux que la méthode. Un peu de tact politique aurait rendu la théorie kelsénienne de l'État certainement moins décharnée et stérile mais, en même temps, largement moins édifiante quant à l'impasse que représente la théorie dominante, positiviste de l'État et du droit de l'État. La recherche de pureté méthodique — et Kelsen le confirme irrévocablement — est un échec. Mais elle paye le prix : elle reste inutilisable pour le praticien du droit et inefficace au plan de la pédagogie politique. L'*Allgemeine Staatslehre* de Kelsen peut donc, dans ces conditions, être considérée comme l'expression par excellence de la crise profonde dans laquelle se trouve notre théorie de l'État. ↗

1. N. d. t. : Edmund Bernatzik (1854-1919), professeur de droit public aux Universités de Bâle, Graz et Vienne, fut l'une des figures classiques du droit public autrichien « fin de siècle ». Intellectuellement proche de Laband et d'Otto Mayer, il fut l'un des maîtres du droit administratif de l'Empire Danubien (voir son classique : *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Vienne, 1886). Bernatzik dirigera la thèse d'habilitation de Hans Kelsen (*Hauptprobleme*, *op. cit.*). Voir, en français : Carlos Miguel Herrera, *La philosophie de Hans Kelsen*, P.U. Laval, 2004, pp. 4 s.

3.

Grâce à Kelsen et à sa radicalité logiciste, on peut estimer que la construction unitaire d'une théorie de l'État à partir du seul point de vue de la science du droit, en tant que discipline dogmatique, a définitivement échoué. Non pas seulement parce que, sans sociologie, la théorie pure du droit est vide et que, sans téléologie, elle est aveugle, mais aussi et surtout parce que la science du droit n'est pas une science constitutive. L'autonomie qu'on lui prête (et pas seulement Kelsen) lui échappe. Elle harmonise des données sociales et, en particulier, l'ordre étatique, mais elle ne les constitue pas : elle les trouve déjà là. Il est certain que le droit doit jouer un rôle éminent dans la théorie de l'État. Mais pour cette dernière — il en va autrement de la dogmatique du droit — s'impose cette phrase de Hegel : « Le droit n'existe que comme branche d'un tout, comme la plante grimpante qui s'enroule autour d'un arbre existant en soi et pour soi<sup>1</sup>. » C'est pourquoi la science juridique normative ne saurait constituer la base de la théorie de l'État, parce que celle-ci doit d'abord expliquer, dans de vastes domaines, les présupposés mêmes de cette science juridique normative. Elle doit avant tout expliquer pourquoi la méthode juridique traite les impératifs d'une autorité commune comme si ceux-ci étaient des normes auxquelles il faut attribuer une valeur. La

1. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (*Principes de la philosophie du droit*), *Werke*, éd. par Eduard Gans, Berlin, 1833, § 141, addition (p. 209).

problématique de l'État et du droit, du pouvoir et de l'ordre impose à la théorie de l'État de prendre en charge ce problème : quels sont les contenus sociologiques et téléologiques acceptables qui produisent la méthode juridique et qu'est-ce qui peut être ramené à des concepts relationnels en tant que résultat de cette méthode juridique ? Cette seule question doit expliquer que l'État transcende la méthode spécifiquement juridique.

Mais si une théorie générale de l'État est impossible sur le terrain de la dogmatique juridique, si l'impossibilité de rattacher à la dogmatique du droit public une théorie sociale est, chez Jellinek comme chez Kelsen, pratiquement insupportable, si en outre une histoire de l'État au sens de Richard Schmidt n'est certainement pas une théorie systématique de l'État mais reste dans le giron de l'histoire<sup>1</sup>, la question se pose alors : comment une théorie générale de l'État est-elle même possible ?

Pour répondre à cette question, il faut partir de la considération suivante : l'objet, la méthode ainsi que le but de la connaissance se conditionnent mutuellement. La théorie générale de l'État doit être nécessairement une science auxiliaire de la science du droit, de l'histoire, des sciences économiques, de la philosophie politique mais aussi de l'éducation civique. À cet égard, elle doit avant tout justifier de la légitimité de sa « généralité ». Le positivisme logiciste nie qu'il

1. Richard Schmidt (« Politik », *op. cit.*, pp. 95 s.) fait part d'une insatisfaction quant à sa propre démarche.

existe un état de chose commun à la base de l'ensemble de ces disciplines. Ce n'est qu'à un niveau « prés-cientifique » qu'on peut parler d'« État » dans tous ces cas, les différentes méthodes en faisant un objet à chaque fois complètement différent. De cette manière, la généralité de la théorie de l'État devient une universalité des concepts juridiques qui se retrouve dans « tous » les États. Il s'agit là, nécessairement, d'une affaire extrêmement insuffisante puisque, à la différence du droit privé — où la plus grande similitude et uniformité des rapports vécus offre une base beaucoup plus large à l'abstraction — le plus souvent, les formes de domination diffèrent beaucoup trop selon les nations et dans l'histoire pour qu'une abstraction universelle des concepts du droit public puisse se révéler féconde<sup>1</sup>. Celui qui malgré tout — parce qu'il est rendu soucieux à raison de la rigueur conceptuelle du droit civil — entend établir un concept « général » de la monarchie applicable à l'Orient ancien, à la Grèce, au Moyen âge et à l'Angleterre moderne, ou bien abstraire une notion dogmatique de l'État fédéral à partir des trois fédérations connues jusqu'à il y a peu, celui-là, en règle générale, en vient à des formules vides d'une part, à violer les formes d'autre part.

À l'inverse, le positivisme historique, égaré par la profusion de l'histoire, renonce à toute abstraction et

1. Voir : Heinrich Rosin, « Souveränität, Staat, Gemeinde, Verwaltung », *Annalen des Deutschen Reichs*, 16, 1883, pp. 265 s.; Felix Stoerk, *Zur Methodik des öffentlichen Rechts*, Vienne, 1885 [N. d. e. : pp. 28 s.].

ne parvient à aucun concept clair de l'État. Il s'en remet à quelques tropismes et à quelques images (l'« organisme ») et n'entend la généralité de la théorie de l'État que sous la forme d'une description des individualités étatiques selon les canons de l'histoire universelle. Si l'universalité logique du concept d'État s'oppose à l'universalité historique, alors l'universalité historique s'oppose à la notion juridique de l'État. Pourtant, même si l'on voit clairement que cette contradiction des modes de la pensée humaine a quelque chose d'éternel, la science n'a pas le droit de renoncer à sa prétention de vouloir comprendre la généralité du concept d'État comme une totalité qui entend embrasser un état de chose commun au fondement des sciences politiques et économiques qui se sont développées historiquement. Le logicisme peut bien considérer que mener un tel combat pour le concept d'État, pour découvrir l'unique signification juste et recevable parmi les différentes significations du mot est un combat « sans aucun espoir » ; mais une théorie de l'État qui s'appuie sur la totalité empirique des notions de l'État peut au bout du compte se reconforter tout autant au regard du résultat obtenu par ce logicisme juridique : en vérité celui-ci ne cloisonne rien malgré toute son unilatéralité obstinée (*Eingeleisigkeit*) « s'il en résulte, en fin de compte, non pas un concept unique de l'État, mais bien plusieurs cependant substantiellement liés les uns aux autres »<sup>1</sup>. Simplement, une telle théorie de l'État ne

1. Kelsen, *Staatslehre*, op. cit., p. 5.

doit pas, comme le fait Kelsen, juxtaposer purement et simplement un concept juridique formel et un concept juridique matériel de l'État. Mais puisqu'il n'y a aucune médiation méthodologique possible entre la règle de droit, juridiquement isolée, et l'être de l'État, la théorie générale de l'État doit donc trouver l'unité d'une totalité vécue et compréhensible de l'État dans la totalité de ses relations sociales et donc aussi juridiques. Une théorie générale de l'État n'est possible qu'en tant que science sociale empirique<sup>1</sup>.

On connaît l'aversion de la science allemande en général et de la science allemande du droit en particulier à l'égard d'une sociologie qui lui semble obscure au plan méthodologique et conceptuel, grossière du fait de son subjectivisme arbitraire et naturaliste. Quelques remarques apologétiques quant à l'état actuel de la sociologie et à son rapport à la science du droit paraissent de ce fait appropriées, et ce d'autant plus que ces dernières années, sur ce point, ont apporté une modification importante dans le sens d'un certain rapprochement. D'un côté, la polémique contre le positivisme et son dogme de la complétude de l'ordre juridique a eu pour effet d'ébranler profondément cette fière croyance en la rigueur et l'objectivité des concepts juridiques. L'idée selon laquelle nos concepts juridiques ont « changé »<sup>2</sup> se répand et,

1. En ce sens déjà : Richard Schmidt, « Politik », *op. cit.*, pp. 92 s. Plus récemment : Marck, *op. cit.*, pp. 151 s.

2. Felix Somló, *Juristische Grundlehre*, Leipzig, 1917, p. 106; Max Wenzel, *Der Begriff des Gesetzes. Zugleich eine Untersuchung zum Begriff des Staates und Problem des Völkerrechts* (*Juristische Grundprobleme*, 1), ▷

avec elle, celle qui considère qu'un bon nombre d'entre eux — pour reprendre une expression très parlante de Husserl — ont un « halo » (Hof) avec tous leurs présupposés éthico-métaphysiques subjectifs<sup>1</sup>. Par ailleurs, on ne saurait contester que la sociologie a nettement amélioré sa précision méthodologique et conceptuelle grâce aux apports de Simmel, Tönnies, Max Weber et des sociologues d'orientation phénoménologique. Les frontières d'avec la conceptualisation dans les sciences naturelles sont aujourd'hui soulignées par la sociologie soit de manière trop appuyée, soit trop peu. Et pourtant personne ne pourra dire le contraire : la plus jeune de toutes les sciences manque encore de sûreté méthodique et se trouve être souvent le terrain de prédilection des constructions dilettantes; l'opposition des juristes contre certaines incursions sociologiques — à la manière d'un Kornfeld<sup>2</sup>, d'un Wurzel<sup>3</sup> et même parfois aussi d'un Ehrlich — sont parfaitement justifiées.

▷ Berlin, 1920, p. 264; Laun, « Staatsrechtslehrer und Politik », *op. cit.*, pp. 157 s.

1. Laun, *op. cit.*, pp. 162 s.

2. N. d. t. : d'Ignatz Kornfeld, voir : *Soziale Machtverhältnisse. Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positiven Recht auf soziologischer Grundlage*, Vienne 1911 : le livre entend combattre le « dogme de l'essence normative du droit positif et montrer que le droit positif doit être compris comme un système des règles factuelles de la vie sociale » (pp. III-IV).

3. N. d. t. : Karl Georg Wurzel, *Das juristische Denken* (1904) : « La science du droit doit constamment intégrer les résultats des recherches menées dans d'autres domaines du savoir, s'approprier les vérités nouvelles tenant aux relations entre les phénomènes sociaux et toujours reprendre les concepts précisés par d'autres sciences. » (Texte allemand disponible sur : <http://gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/wurzel1.html>)



Il faut notamment souligner la valeur de la critique kelsénienne de la sociologie en tant qu'elle a montré l'insuffisance de notions telles que « interaction », « âme commune », « âme des masses », « organisme », etc.<sup>1</sup> Kracauer<sup>2</sup>, dans sa *Soziologie als Wissenschaft* (*La sociologie comme science*), a succinctement et clairement résumé tout ce que l'on peut objecter au caractère scientifique de la sociologie et tout ce qu'on peut alléguer en sa faveur<sup>3</sup>. Le progrès comme la limite de la sociologie dépend du niveau de développement d'une psychologie entendue comme science de l'esprit. Qui la nie et ne connaît, avec Kant, qu'une conscience transcendante — le moi transcendantal n'entretenant aucune relation avec le moi empirique — pour celui-là, bien sûr, psychologie et sociologie ne sont possibles qu'en tant que sciences de la nature<sup>4</sup>.

1. [N. d. e. : Kelsen, *Staatslehre*, *op. cit.*, pp. 7-13.]

2. N. d. t. : Siegfried Kracauer (1889-1966), proche de l'école de Francfort, est un intellectuel marquant de la gauche weimarienne, jusqu'à son exil aux États-Unis après la prise de pouvoir des nazis. Son livre le plus célèbre a été traduit en français : *Les employés* (suivi d'une recension par Walter Benjamin), Paris, MSH, 2004. En français, voir : P. Despoix et P. Schöttler (dir.), *Siegfried Kracauer, penseur de l'histoire*, P.U. Laval/MSH, 2006.

3. [N. d. e. : Kracauer, *op. cit.*] Voir aussi : Kurt Singer, « Krisis der Soziologie », *Weltwirtschaftliches Archiv*, 16, 1920/1, pp. 246-261. Par ailleurs, les objections de Kracauer et de Singer sont dirigées contre l'ensemble des sciences de la culture.

4. Sur le fait que cette conception qui fonde le système kelsénien ne correspond pas à l'état actuel de la science, voir : Ludwig Biswanger, *Einführung in die Probleme der allgemeinen Psychologie*, Berlin, 1922 [N. d. e. : pp. 210 s.] ainsi que la remarquable 2<sup>e</sup> éd. de : Theodor Litt, *Individuum und Gemeinschaft. Grundlegung der Kulturphilosophie*, Leipzig, 1924 et les auteurs cités p. 6.

Mais pour celui qui refuse la sociologie et, plus précisément, la sociologie en tant que science de l'esprit, pour celui-là il ne peut exister aucune théorie générale de l'État. En effet, l'État et le droit ne peuvent être mis en relation que sur un plan sociologique, en tant que tous deux sont considérés comme des entités de l'être social du point de vue d'une psychologie sociale et non pas, bien évidemment, comme des phénomènes naturels<sup>1</sup>. Une théorie générale de l'État doit présenter le droit comme une forme nécessaire et compréhensible à travers laquelle se manifeste la vie sociale et, plus particulièrement, comme une forme immanente de manifestation d'un groupement de domination<sup>2</sup>. En ce sens, il lui faut tirer au clair ce que signifie la méthode d'une science de normes quant à sa nécessité et son utilité du point de vue de son immanence sociale, sans pour autant devoir se servir elle-même de cette méthode normative. De ce fait, la théorie générale de l'État et la doctrine particulière positive du droit de l'État ont des objets de connaissance complètement différents.

1. Gerhart Husserl (*Rechtskraft und Rechtsgeltung*, Berlin, 1925) fait de précieuses remarques à ce sujet. [N. d. e. : voir le tome 1 des *Gesammelte Schriften* de Hermann Heller, « Genesis und Grenzen der Rechtsgeltung », pp. 6 s.]

2. En ce sens, de manière admirable déjà : Albert Haenel, *Deutsches Staatsrecht*, t. 1, Leipzig, 1892, pp. 85 s. Bien sûr, il est faux d'affirmer avec Hans Helfritz (*Allgemeines Staatsrecht*, 1<sup>re</sup> éd., Berlin 1924, p. 2) que, à « strictement parler », la science du droit de l'État devait constituer une partie de la sociologie. D'ailleurs, Helfritz se corrige dans les phrases qui suivent.

C'est aussi sur le plan de la sociologie que l'on peut seulement situer l'État au sein des contextes sociaux qui constituent aujourd'hui les problèmes essentiels de l'État et dont la théorie dominante de l'État soit ne s'occupe pas du tout (par exemple : l'économie, les classes sociales, la presse, l'opinion publique, la religion) soit très insuffisamment (par exemple : les partis politiques, la nation, les relations internationales).

Toutefois, la sociologie « compréhensive » au sens de Max Weber, en tant que théorie sociale spéciale de l'État doit être élargie vers le haut comme vers le bas. Vers le bas, en prenant en compte les conditions de l'action politique qui échappent au domaine du sens; par l'exposé des résultats de la géographie politique, de l'anthropologie et de la psychologie des masses sans lesquelles il est sans doute possible de comprendre l'être (*Dasein*) de l'État en général, mais non pas l'être tel qu'il est (*Sosein*) d'un État en particulier. Vers le haut, la sociologie empirique de l'État doit être élargie par une doctrine philosophique de la justification de l'État, un problème qui se pose à chaque génération et auquel la théorie de l'État ne saurait échapper en se bornant à énumérer les tentatives historiques de justification<sup>1</sup>. La légitimité méthodique d'un tel rattachement de la philosophie politique à la théorie de l'État repose sur l'impossibilité pour une

1. Cette justification de l'État résulte immédiatement de l'universalité de ses buts et non, comme on l'admet généralement et aussi, étrangement, du côté des marxistes (Marck, *op. cit.*, pp. 154 s.), de la totalité de la nation.

science de la culture de saisir l'être d'un phénomène sans introduire un point de vue axiologique matériel, ne serait-ce que dans le choix des matériaux étudiés. Parce qu'elle est impossible et nocive, il faut abandonner cette séparation entre théorie de l'État et politique qui n'est exigée que par le fantôme d'une connaissance des phénomènes culturels qui pourrait être absolument sans présupposés et neutre axiologiquement. Toute pensée de l'État reste prise dans les oppositions et les intérêts en jeu dans les conflits sociaux. Ce n'est pas par la politique de l'autruche à l'égard de sa propre détermination subjective qu'elle démontre sa valeur scientifique, mais bien plutôt en gardant toujours en vue, comme sa tâche incontournable, que l'effort infini de l'esprit consiste à desserrer ses liens avec ces luttes d'intérêts et qu'il lui faut avoir conscience du caractère infini de cette tâche ainsi que de la nécessité d'une décision qui viole l'harmonie transcendante.

Dans une théorie générale de l'État telle qu'elle vient d'être présentée et dont j'espère donner prochainement le développement au public, on rencontrera certes un certain nombre d'usages du mot « État » apparemment très différents les uns des autres, mais cette théorie sera en mesure de constater facilement que derrière ces dénominations divergentes ne se cachent pas plus de deux ou trois significations qui se trouvent les unes avec les autres comme dans un rapport de la partie au tout. Il y a unanimité sur le fait que l'État représente, d'une manière ou d'une autre, une « unité dans la diversité ». L'essence

de l'État est déterminée de différentes façons selon les conditions que l'on reconnaît pour être essentielles à sa naissance et à sa conservation. On peut ainsi concevoir l'État comme une « unité organique »<sup>1</sup> garantie par la réalité vécue de la société globale, une réalité psycho-physique qui est pleinement effective et tout aussi peu un système abstrait de relation que la réalité vécue la plus concrète elle-même. Dans ce sens, on qualifie l'État de « fait », d'« état de chose », de « peuple » etc., le plus souvent de la manière la plus équivoque. Oswald Spengler formule une telle idée de l'État de façon exemplaire : « L'État est histoire arrêtée, l'histoire, l'État en mouvement<sup>2</sup>. » Toutes les autres significations du mot comprennent cette unité dans la diversité que désigne l'État comme un contenu partiel, de nature réelle ou idéale, tiré de cette totalité. Elles voient cette unité essentiellement garantie soit à travers l'unité d'organes déterminés<sup>3</sup>, soit à travers l'unité d'un ordre. Dans ce dernier cas, on peut entendre par ordre, d'un côté, cela même qui est ordonné, la constitution sociologique qui est alors identique à l'unité organique, d'un autre côté, un cer-

1. Où il faut entendre « organique » en un sens purement imagé.

2. Oswald Spengler, *Der Untergang des Abendlandes. Umriss einer Morphologie der Weltgeschichte*, t. 2, Munich, 1922, p. 446. (N. d. t. : Le livre de Spengler [1880-1936] a été traduit en français et publié chez Gallimard en deux volumes en 1931 sous le titre : *Le déclin de l'Occident*.)

3. En ce sens, celui qui porta l'État sur les fonds baptismaux, Machiavel. Voir : Jacob Burckhardt, *Die Kultur der Renaissance in Italien*, Bâle, 1860, p. 2, note 2, et l'objection caractéristique de Jellinek (*Staatslehre*, *op. cit.*, p. 132) et, plus récemment, de Benedetto Croce, *Grundlagen der Politik*, trad. par Hans Feist, Munich, 1924, pp. 8, 19.

tain contenu de sens relativement isolé pour des raisons méthodologiques de la réalité sociale vécue, un « système normatif idéal », non pas un étant, mais un devant-être, un système de validité (*ein Geltendes*). De quelque manière que le signe « État » ou l'une des significations correspondantes aient pu être utilisés, ils ont toujours voulu dire une unité organique, une unité d'organes ou une unité d'ordre dans la diversité. C'est pourquoi la théorie générale de l'État ne doit pas devenir une science dont le point de vue serait exclusivement sociologique et qui n'attacherait de valeur à tout prix qu'aux lois et régularités sociales. Elle doit plutôt placer au cœur de ses recherches cette « unité dans la diversité » qui constitue le problème cardinal de notre discipline, celui à partir duquel se posent toutes les autres questions.

La théorie actuelle de l'État, qui ne maîtrise pas ses concepts mais est bien plutôt maîtrisée par eux, a perdu au bout du compte le concept même d'État, un peu à la manière dont toute notre vie sociale risque de s'effondrer en oubliant ce que sont ses véritables ressources vitales. Si elle emprunte la voie qu'on a indiquée, elle peut alors espérer trouver le chemin qui la fera sortir des conceptions étroites d'aujourd'hui pour se retrouver à nouveau à l'air libre.

## Bibliographie

- Schmitt, C. (1), *Der Begriff des Politischen*, 7<sup>e</sup> éd., Berlin, Duncker & Humblot, 2002.
- Schmitt, C. (2), *Positionen und Begriffe im Kampf gegen Weimar, Genf, Versailles 1923-1939* (1940), 3<sup>e</sup> éd., Berlin, Duncker & Humblot, 1994.
- Schmitt, C. (3), *Théologie politique* (1928), trad. Schlegel, Paris, Gallimard, 1988.
- Schmitt, C. (4), *Légalité et légitimité* (1932), traduit et repris dans : Schmitt, *Du politique*, Puiseaux, Pardès, 1996.
- Schmitt, C. (5), *Théorie de la constitution* (1928), trad. fr., Paris, PUF, 1993.
- Schmitt, C. (6), « Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung », *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 1/1924, p. 93.
- Smend, R., *Verfassung und Verfassungsrecht*, Munich, Duncker & Humblot, 1928.
- Zarka, Yves Charles (dir.), *Carl Schmitt ou le mythe du politique*, Paris, PUF, 2009.

**La collection « Tiré à part »  
est dirigée par Bernard Edelman et Stéphane Rials**



TIRÉ À PART

Olivier **Heller** / **Jouanjan**  
Hermann

LA CRISE  
DE LA THÉORIE  
DE L'ÉTAT

DALLOZ

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les copies ou reproductions « strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et d'autre part, que les analyses et courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, tout comme le fait de la stocker ou de la transmettre sur quelque support que ce soit, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée pénalement par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

Éditions Dalloz – 2012  
ISBN : 978-2-247-12112-0

712112 (I) BOU 65 g SCM EDO  
Dépôt légal : novembre 2012 – N° d'impression : J12/48385C  
Imprimé en France par l'Imprimerie Maury S.A.S.

# Hermann Heller : Crise de l'État, crise de la théorie

*Pour Carlos-Miguel Herrera*

## 1. Weimar

La République de Weimar fut tout entière placée sous le signe de la « crise » (*Pauly*). Cette crise fut plurielle : politique, sociale, culturelle et, évidemment économique. De sorte que Weimar se présente comme une espèce de bouquet de crises ramifiées, se touchant et se conditionnant, au moins partiellement, les unes les autres. Il a manqué à Weimar la puissance d'un mythe fondateur qui puisse l'unifier autour de valeurs partagées (*Peuckert*) : non seulement la première république allemande est née d'une défaite qui semblait inacceptable et, surtout, incompréhensible, mais elle commence dans la répression

des « Révolutions de Novembre », une répression menée au nom du gouvernement social-démocrate de Philipp Scheidemann par le ministre Gustav Noske qui, selon ses propres dires, avait l'impérieuse obligation de jouer le rôle du « chien sanglant ». Au début de Weimar fut la destruction : celle de l'ancien monde impérial, celle des espoirs d'une révolution sociale.

La modernisation politique de l'Allemagne avait échoué au XIX<sup>e</sup> siècle en 1849 : les espérances nationales, libérales et relativement démocratiques des Révolutions de 1848 avaient dû être mises en berne. L'unité se fera « par le haut » en 1871, par un système fédéral qui garantissait, au niveau des États territoriaux, la permanence du « principe monarchique », tempéré, au niveau fédéral, par le suffrage universel masculin à l'élection du *Reichstag* (suffrage cadennassé toutefois par toutes les techniques connues du *Gerrymandering*) et la « politique sociale » de Bismarck, fondée cependant sur l'idée d'un « Empereur social » dont la source idéologique était à rechercher chez le hégélien de « droite » Lorenz von Stein et certainement pas parmi les animateurs du mouvement social. Sous le Second Empire, la démocratie et la politique sociale étaient *biaisées*. Weimar était donc une rupture, mais une rupture sans *fondements*, sans enracinement. Weimar déracina spirituellement l'élite conservatrice et réactionnaire, sans aucun doute, mais celle-ci resta en place. De l'autre côté, la république nouvelle déracina tout autant, par la répression sanglante de la Révolution spartakiste, le « peuple de

gauche ». La gauche elle-même entraînait divisée, et profondément, dans « Weimar » : la division manifeste entre USPD et SPD masque en réalité des divisions multiples et profondes au sein même de la SPD. Il n'y avait, au début de Weimar, que des mythes diviseurs.

L'élite cultivée, la *Bildungsbürgertum*, qui avait renoncé à son rôle politique en 1849, était brutalement convoquée à participer à une politique républicaine dont elle n'avait guère l'idée et qui lui répugnait. Pour les classes populaires, la promesse weimarienne de démocratie était entachée par la répression sanglante des révolutions prolétariennes. On peut donc penser que les crises de Weimar furent, pour une large partie, l'expression d'une crise globale de *confiance*. Quelle couche structurante de la société allemande vers 1920 pouvait faire confiance en la république nouvelle ? Pour les uns, Weimar était *hyperdémocratique* ; pour les autres, Weimar n'était pas une république *populaire*. Weimar était une république *incertaine*.

Ce *trouble* politique ne pouvait pas ne pas se refléter dans la doctrine du droit public. Celle-ci fut donc profondément troublée. En même temps, les âpres discussions qui agitèrent cette doctrine à partir de la moitié des années 1920 mettent à jour les problèmes fondamentaux d'une dogmatique constitutionnelle de la république démocratique en général. La crise provoque et convoque. Elle sépare radicalement, donne à la doctrine juridique une forme d'archipel que cette

doctrine n'aime guère, préférant que le bloc des opinions donne l'image ou l'illusion de la certitude et de l'unité du droit; elle met à mal la science « normale » et lui signifie ses contradictions et ses insuffisances sans pouvoir instituer dans la communauté une nouvelle normalité. La crise de la science du droit public, dite « querelle des méthodes et des orientations » (*Methoden und Richtungstreit*), participe ainsi pleinement de cet ambiance weimarienne générale que Walter Benjamin appela un « caractère destructeur » (v. *Raulet*).

Pourtant, il y a dans cette négativité de la science weimarienne du droit un aspect certainement positif : dans le combat des doctrines, dans cette intensification des « luttes pour le droit », qu'accompagne d'ailleurs une perceptible « brutalisation » (*Mosse*) des discours, même scientifiques, chacun doit choisir sa « position », l'occuper avec l'idée de pouvoir, de là, fondre sur l'adversaire et le défaire au moyen des armes qui sont à la disposition des combattants du droit, les « concepts » (*Begriffe*). *Positions et concepts*, ce n'est pas pour rien que Carl Schmitt intitule ainsi le recueil d'articles publié pour la première fois en 1940 à la *Hanseatische Verlagsantalt*, une maison d'édition bien « nazifiée » (*Lokatis*), dont le sous-titre porte : « En lutte contre Weimar – Genève – Versailles (1923-1939) » (*Schmitt* 2). Or, les concepts du droit politique « sont inintelligibles si l'on ignore qui, concrètement, est censé être atteint, combattu, contesté et réfuté au moyen de ces mots » (*Schmitt* 1).

Quelles que soient les positions adoptées par les protagonistes de cette querelle, dans cet état archipélagique de la doctrine du droit public, d'un droit essentiellement *politique*, les concepts étaient effectivement des armes, de petites bombes qui devaient être placées au bon endroit pour détruire les doctrines adverses. Encore faut-il que le subversif doctrinal, à la manière de l'anarchiste radical, s'assure de la qualité explosive de son concept et donc travaille celui-ci jusqu'à se convaincre qu'il pourra mettre en danger la position adverse. D'où l'intérêt de la dispute : elle élève l'exigence de précision et de radicalité et contraint les adversaires à fourbir leurs armes conceptuelles. Les lignes de front et de démarcation deviennent plus claires et plus perceptibles. Les explosions successives clarifient les doctrines qui doivent démontrer leurs capacités de frappe et de contre-feu. On y voit plus clair, non pas malgré la crise, mais grâce à elle. C'est d'ailleurs bien ce que Heller soulignait au début de sa *Staatslehre*. La crise des sciences de l'État n'est pas en vérité un « phénomène de déclin », au contraire : « La confusion chaotique dans les débats théoriques de l'après-guerre allemand signifie sans aucun doute, si on la compare à la situation antérieure ou à celle des théories étrangères d'aujourd'hui, un stade intellectuel supérieur et, même s'il ne s'agit pas encore d'une renaissance scientifique, elle est cependant le symptôme d'une problématique plus profondément vécue et d'une méditation méthodologique plus aigüe. » (Heller 3, t. 3, p. 122).

## 2. Hermann Heller

Le texte de Hermann Heller, qu'on trouvera ici pour la première fois traduit en français, doit être lu dans un tel contexte. Ce n'est pas un texte routinier de l'universitaire se soumettant à l'injonction « *publish or perish* ». C'est un texte de combat, le texte d'un universitaire engagé. Carl Schmitt ne fut pas le seul « juriste engagé » à l'époque de Weimar (Beaud 1). Tous, d'une manière ou d'une autre, explicitement ou tacitement, devaient s'engager, même les plus « positivistes » (Jouanjan 2) et Kelsen, en 1932, devait écrire une « Défense de la démocratie » (Kelsen 1). Ce texte fait d'ailleurs écho à un texte antérieur rédigé par Heller dès 1929, au retour d'un voyage en Italie, intitulé « État de droit ou dictature ? » (*Rechtsstaat oder Diktatur ?*, Heller 3, t. 2, p. 445) et qui donna aussi l'occasion d'un livre *Europa und der Fascismus* (Heller 3, t. 2, p. 465).

L'engagement de Hermann Heller, ne consistait cependant pas seulement en traits de plume et d'esprit – même s'il savait les manier et user d'un ton souvent polémique (Groh, p. 141 s.) – et moins encore à arpenter les couloirs du pouvoir pour tenter de s'y faire voir. L'opposant de Schmitt était en effet, sous cet angle, tout son opposé. En mars 1920, en plein putsch de Kapp, alors qu'il organise avec son ami Gustav Radbruch la défense des chantiers navals de Kiel contre les putschistes, il est arrêté alors qu'il cherche des armes pour les comités ouvriers. Avec Radbruch, il est condamné à mort de la manière la



plus expéditive par un tribunal martial *ad hoc* et ne doit la vie sauve qu'à l'échec rapide de la tentative de renversement de la République et à la fuite de Kapp. Or, quelques jours seulement auparavant, il avait adhéré à la SPD et obtenu son habilitation à l'Université de Kiel avec un travail portant sur *Hegel et l'idée d'État national fort en Allemagne* (*Hegel und der nationalen Machtstaatsgedanke in Deutschland*, Heller 3, t. 1, p. 23). Politique active et travail intellectuel furent intimement intriqués dans une vie brève et intense (pour les éléments bibliographiques : Wolfgang Schluchter dans *Müller/Staff 1*; *Dehnhard*, p. 22 s.; *Hererra*).

Né dans une famille juive de Silésie le 17 juillet 1891 à Teschen (Cieszyn) aujourd'hui partagée par la rivière Olza entre la Pologne et la République Tchèque, Heller est donc un enfant des marches germanophones de la Monarchie danubienne. En 1914, il s'engage volontairement dans l'armée autrichienne mais sera rapidement libéré en raison de problèmes cardiaques, ce qui lui permet de finir son cursus universitaire, commencé en 1909 et de prendre son habilitation en 1920 déjà. Sa carrière ne commence pas par l'Université, mais par la formation continue des adultes à Leipzig dont il dirige bientôt l'Université populaire nouvellement créée. De nombreux écrits consacrés aux questions de la « formation démocratique » (*demokratische Bildung*) des citoyens témoignent de la force de conviction et de réflexion qu'il met au service de sa profession (Heller 3, t. 1, p. 579-720).

Sa carrière proprement académique commence en 1926, mais pas encore à l'Université : il est recruté à titre d'assistant de recherche à l'Institut Kaiser-Wilhelm pour le droit public comparé et le droit international public de Berlin, l'ancêtre de l'actuel Institut Max-Planck de Heidelberg, année donc durant laquelle paraît l'article ici traduit. C'est à partir de cette date qu'est rédigée la plus grande partie de son œuvre, une œuvre imposante si on la rapporte au petit nombre d'années sur laquelle elle s'étale. En 1928, il est appelé à l'Université de Berlin comme professeur extraordinaire, c'est-à-dire non titulaire d'une chaire. Il est enfin élu comme professeur ordinaire à l'Université de Francfort-sur-le-Main à la fin 1931 à l'instigation de son collègue social-démocrate Hugo Sinzheimer et contre l'avis négatif de la commission de recrutement, un avis préparé par Carl Schmitt. Ces conditions particulières ne facilitent pas son intégration au sein de la Faculté de droit, même si l'Université dans son ensemble, créée en 1914 seulement, apparaît particulièrement libérale et démocrate dans le paysage académique allemand (qu'on pense à la célèbre « École de Francfort » qui s'y développe à la même époque).

Heller est en Angleterre le 30 janvier 1933, jour de la nomination à la chancellerie de Hitler par Hindenburg. Il ne rentrera pas. Juif et social-démocrate, il sait n'avoir aucun avenir dans l'Allemagne nazie. Il émigre en Espagne et meurt prématurément le 5 novembre 1933 à Madrid des suites des complications cardiaques contractées pendant la guerre. Il

laisse inachevée sa *Théorie de l'État* (*Staatslehre*), le grand ouvrage qui devait combler cette lacune dont il se lamente au début de « La crise de la théorie de l'État » : la grande crise de l'État allemand ne lui aura pas permis d'aller jusqu'au bout du travail théorique par lequel il escomptait remettre sur pied la théorie de l'État.

Hermann Heller conserve sans doute une importance significative dans la doctrine allemande d'après 1945. Une littérature non négligeable, dont on trouvera une sélection dans la bibliographie ci-dessous, lui a été consacrée. Mais il n'a pas fait « école » véritablement (en ce sens et pour la réception de Heller dans les pays de langue allemande : *Robbers*, p. 106 s.). La doctrine constitutionnelle de la Loi fondamentale fut largement dominée, jusque dans les années 1980, par deux courants antagonistes : le courant « smendien » qui s'attache à la célèbre « théorie de l'intégration » développée par Rudolf Smend (1882-1975) depuis le milieu des années 1920 ; le courant « schmittien » qui se rend en pèlerinage auprès du maître académiquement déchu de Plettenberg (*Günther*). Toutefois, si l'on considère ne serait-ce que deux noms éponymes de ces courants, Konrad Hesse pour le premier et Ernst-Wolfgang Böckenförde pour le second, on doit apprécier l'influence posthume de Heller à sa juste mesure : l'un comme l'autre repensent leurs héritages respectifs à l'aune de l'œuvre de Hermann Heller (*Robbers*, p. 116 s. Sur le rapport de Böckenförde à Heller : *Jouanjan* 1) qui leur permet de surmonter ou affronter les difficultés et apories qu'ils voient chez

Smend et Schmitt. La plus forte prise en compte des travaux de ce juriste atypique se trouve dans le monde hispanophone, en Espagne et en Amérique du Sud (Dehnhard, p. 25 s.).

En France, sa réception est récente et, pour ainsi dire, infinitésimale. Deux traductions, quelques articles (Barash, Herrera) et, bien sûr, des références dans la littérature spécialisée – juridique, politique ou historique – consacrée à Weimar ou à la théorie de l'État. Heller reste cependant largement inconnu du public français. La qualité intellectuelle, la capacité à poser les questions tranchantes et la sophistication de l'argumentation, dont le présent texte témoigne à l'envi, devraient convaincre, on le souhaite, le lecteur français de l'importance de cet auteur qui exige que nous prenions en considération les conditions mêmes dans lesquelles nous pensons le droit public, dans son rapport à la « politique », pour sinon *résoudre*, du moins *trancher* les questions décisives qui furent les siennes à l'époque, mais aussi celles qui sont les nôtres aujourd'hui, à l'époque de l'eupéanisation et de la globalisation.

### 3. Heller et le « Coup de Prusse »

Dans le contexte de la montée en puissance des fascismes, Carl Schmitt fut l'adversaire politique principal de Hermann Heller. L'opposition culmina avec le « Coup de Prusse » (*Preußenschlag*) : par une « ordonnance de nécessité » du 20 juillet 1932 prise à l'instigation du Chancelier du Reich et futur « allié » de Hitler, Franz von Papen, le Président du Reich Hin-

denburg nomme Papen « commissaire du Reich » pour la Prusse et l'habilite à « relever de leurs fonctions les membres du cabinet ministériel prussien », d'une part, et « à prendre en charge lui-même les attributions du ministre-président de Prusse ». Sur la base de cette ordonnance, Papen démet aussitôt de leurs fonctions le *Minsterpräsident* de Prusse, le social-démocrate Otto Braun, puis l'ensemble des ministres prussiens. Après les élections du 24 avril 1932, le gouvernement d'Otto Braun avait perdu la majorité au *Landtag* : la NSDAP, devenue le principal parti, formait avec le parti communiste une majorité destructrice; une alliance de droite (NSDAP, Zentrum, DNVP) s'était avérée impossible; le Parlement prussien ne pouvait produire un gouvernement majoritaire et stable. Le gouvernement d'Otto Braun resta en place, chargé des affaires courantes. Le 16 juin, le gouvernement du Reich abrogea l'ordonnance du précédent gouvernement Brüning qui interdisait les manifestations en uniforme et était clairement dirigée contre la SA et la SS. L'abrogation venait honorer la promesse qu'avait faite l'homme fort du cabinet Papen, Schleicher, à l'endroit d'Hitler. On essayait une politique d'apaisement avec la NSDAP, une politique qui fit long feu. À l'approche des élections du 31 juillet 1932, la SA put ainsi organiser de nombreuses marches qui conduisirent à de violents affrontements avec les communistes, notamment dans la ville ouvrière d'Altona qui appartenait alors à la Prusse et où, le 17 juillet, l'on compta pas moins de 18 morts (le « dimanche sanglant d'Altona »).

Tel fut le prétexte de l'ordonnance du 20 juillet. Celle-ci était fondée sur les deux premiers alinéas du célèbre article 48 de la Constitution de Weimar : « (1) Si un *Land* ne remplit pas les devoirs qui lui incombent en vertu de la Constitution et des lois du Reich, le président du Reich peut l'y contraindre en utilisant la force. (2) Le président du Reich peut, lorsque la sûreté et l'ordre public sont gravement troublés ou compromis au sein du Reich, prendre les mesures nécessaires à leur rétablissement (...). » Le premier alinéa définit les conditions de l'« exécution fédérale » (*Reichsexekution*) ; le second habilite le Président du Reich à prendre toutes mesures nécessaires au rétablissement de l'ordre et de la sécurité publics dans un *Land*. Au-delà de ses aspects formels, la décision juridique sur cette affaire supposait que l'on tranche la question de savoir qui décide du cas de nécessité et dans le cas de nécessité : en termes schmittiens, cela revenait à désigner le « souverain » (*Schmitt* 3).

La question de la constitutionnalité de l'ordonnance de nécessité fut portée devant le *Staatsgerichtshof*, la juridiction constitutionnelle de Weimar. Schmitt défendit, avec d'autres professeurs de droit public, la position du Reich. Heller était, quant à lui, le représentant du groupe SPD du *Landtag* prussien. Kelsen, qui ne participait pas à la procédure, fit de la décision de la Cour un commentaire dès qu'elle fut rendue (*Kelsen* 2). Les arguments juridiques, de part et d'autre, étaient la façade d'un affrontement politique radical entre Heller et Schmitt (leurs argumentai-

res ainsi que celui de Kelsen annotant la décision de la Cour sont analysés dans *Dyzenhaus* 1 ; les débats du procès, le texte de l'ordonnance du 20 juillet et du jugement du 25 octobre sont publiés dans *Preußen contra Reich*). Depuis 1930, le *Reich* fédéral ne fonctionnait plus qu'à l'ordonnance de nécessité et la parlementarisation du régime, inscrite dans le texte de la Constitution de Weimar, était devenue lettre morte. Le *Land* le plus important de la République, celui qui y occupait une situation hégémonique était cette fois victime du même durcissement politique.

Il ne s'agit pas ici de faire l'exégèse des problèmes juridiques de l'affaire et de la solution de la Cour. Il convient de rappeler que cette dernière avait dans un premier temps, par une décision du 25 juillet, refusé de prendre les mesures provisoires qui auraient suspendu en tout ou partie les effets de l'ordonnance du 20 juillet. Dans le jugement définitif du 25 octobre, la Cour constata d'abord que la preuve que le gouvernement prussien n'avait pas rempli ses obligations n'avait pas été apportée par le gouvernement du *Reich* pour conclure que les conditions de l'exécution fédérale n'étaient pas remplies. Elle passa ensuite à l'examen des conditions de l'alinéa 2 pour déclarer qu'elle n'avait pas à trancher la question de savoir si « la sûreté et l'ordre public » étaient « gravement troublés ou compromis », tout en reconnaissant que l'Allemagne était manifestement au bord de la guerre civile et que le Président était habilité à prendre les mesures propres à remédier à la situation. Dans ce cas, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, celui-ci pouvait

[ non pas seulement se limiter à confier les pouvoirs de police du *Land* au gouvernement du *Reich*, mais mettre tout l'appareil d'État de la Prusse sous le contrôle du gouvernement central. Toutefois, l'ordonnance ayant pour but de remédier à une situation provisoire, les mesures prises sur son fondement ne pouvaient elles-mêmes avoir qu'un effet provisoire. Par ailleurs, le commissaire du *Reich* ne pouvait agir qu'en tant qu'*organe du Reich* : il ne devient pas l'organe de l'État libre de Prusse. Il s'agissait donc d'une dictature « commissariale » du *Reich* en Prusse qui déléguait des compétences du *Reich* à l'égard d'un *Land* mais ne transférait pas le pouvoir d'État de ce *Land* au commissaire.

L'ordonnance fut donc déclarée partiellement inconstitutionnelle. Mais la décision de la Cour, qui semblait donner satisfaction à la Prusse en grande partie, n'avait en réalité pour conséquence que de limiter les effets de l'ordonnance en reconnaissant un droit de représentation du gouvernement de la Prusse en tant que telle – et non à travers le gouvernement du *Reich* – auprès du *Landtag*, du *Reichsrat* et des autres *Länder*. La poire était en vérité mal coupée en deux. La Prusse obtenait une sorte de compensation morale mais le *Reich* était politiquement justifié quant aux principes mêmes de l'ordonnance quelles que soient même les raisons politiques qui ont pu en vérité motiver l'ordonnance. Tout le monde était insatisfait : « un jugement contradictoire en soi et inexécutable en pratique est un coup dur pour la justice », écrivit un jeune disciple de Carl Schmitt



dans un petit livre dénonçant la « politique dans les formes de la justice » et dont la base argumentative était presque mot à mot reprise du *Hüter der Verfassung* (*Le gardien de la Constitution*) de Schmitt (Huber).

S'il convient de s'arrêter sur cette affaire, c'est qu'elle voit s'affronter directement Heller à Schmitt et que, en contrepoint, l'on peut situer la position de Kelsen à l'égard de cet affrontement. À des titres divers, les trois acteurs principaux du débat constitutionnel weimarien se trouvent ici réunis. Comme le verra clairement le lecteur de « La crise de la théorie de l'État », si Schmitt est l'ennemi *politique* héréditaire de Heller, l'adversaire *théorique* principal reste cependant Kelsen. Bien sûr, l'hostilité politique se nourrit d'aspects théoriques importants, et réciproquement. Mais, l'on peut dire que, sur le plan théorique, Heller partage avec Schmitt, à tout le moins, une 1 conception matérielle du droit qui les amènent tous deux à critiquer violemment le « formalisme » revendiqué de Kelsen, qui propose, selon Heller, une « théorie du droit sans droit ». De même, sur le plan 2 politique, Heller est, avec Kelsen, un social-démocrate non marxiste – au moment de son adhésion à la SPD, il signifia clairement, qu'il n'était pas un adepte du matérialisme historique ni de l'internationalisme – ce qui les rapproche relativement dans leur défense de la démocratie occidentale contre le décisionnisme autoritaire de Schmitt. De sorte que Heller, dans sa construction théorique du droit, ne peut adhérer au décisionnisme juridique de Schmitt. Parallèlement, sa

3 défense politique de la démocratie weimarienne est plus « militante » que celle d'un Kelsen qui, au bout du compte, admet que si le peuple allemand se décide démocratiquement en faveur de la dictature, le défenseur de la démocratie n'a rien à dire (Kelsen 1) : pour Heller, même dans ce cas, le défenseur de la démocratie a toujours quelque chose à dire, à moins qu'on ne le fasse taire. Ces « crossing-over » des positions et concepts, entre théorie et politique, s'expliquent par le fait qu'une théorie juridique du droit public n'est jamais politiquement neutre (même de manière très sophistiquée chez Kelsen : *Jouanjan* 3) et qu'une théorie du droit, qu'elle soit formelle ou matérielle, ne peut être sans incidences politiques. Schmitt, Kelsen et Heller (le trop oublié) forment donc une sorte de figure triangulaire complexe qui fait pour ainsi dire le filigrane des discussions juridiques d'un Weimar en crise politique (par manque de place, l'on n'examinera pas ici, pour l'analyse, une autre figure importante de ce débat, celle de Rudolf Smend).

#### 4. Heller contre Schmitt

L'on commencera par la confrontation très rude entre Schmitt et Heller (sur Schmitt et le « coup de Prusse », en français : *Beaud* 2), une confrontation qui se concentre en sa plus précise expression dans une remarque ironique que fait Heller durant les débats du procès : « Comme y insiste toujours et à juste titre mon collègue Schmitt – sur ce point je lui donne raison – « politique », et donc aussi politique au sens

partisan, n'est jamais que l'autre; il va de soi que nous-mêmes, nous sommes parfaitement apolitiques, objectifs et au-dessus des partis. » (*Preußen contra Reich*, p. 76.) Cette remarque est faite alors que Heller insiste à nouveau sur ce qu'il considère comme le point décisif de l'ensemble du procès, à savoir l'examen des preuves qui permettraient de démontrer que le véritable motif de l'ordonnance du 20 juillet n'était ni le trouble à l'ordre public, ni la violation par la Prusse de ses obligations fédérales, mais le fruit d'un accord conclu entre Papen et la NSDAP. Ce faisant, il s'agit de retourner Schmitt contre lui-même.

En effet, dans sa première intervention, Schmitt avait justifié le changement de pratique à l'égard de la NSDAP engagé dès le mois de juin par Papen comme une tentative pour diriger l'État de manière « indépendante et impartiale » et soutenu que, de ce point de vue prétendument neutre, il était « juste et objectif » de mettre fin à cette « égalité de traitement » avec le parti communiste, une égalité « insultante pour un mouvement avec lequel des millions d'Allemands ne se contente pas de sympathiser, mais auquel ils ont donné leurs voix » (*Preußen contra Reich*, p. 39).

Mais Heller repère avec une très grande acuité la contradiction même sur laquelle repose l'argument schmittien et qui, en vérité, traverse toute son œuvre, une contradiction qui est, d'ailleurs, rarement vue autant chez les « schmittiens » que chez les « anti-schmittiens », ce qui souligne la sagacité de Heller et donne au moins une bonne raison de le lire. Si tout est politique, que la neutralité affichée par l'État de

droit bourgeois n'est qu'une illusion mortifère sur soi-même, si Weimar repose sur une insoutenable contradiction entre la décision politique fondamentale en faveur de la démocratie et la neutralité formelle que garantit prétendument l'État de droit, et si le politique est polarisation et conflit au moins potentiel (à des degrés variables et selon des modalités diverses) entre ami et ennemi, nul ne peut prétendre incarner le point de vue « juste et objectif » et surtout pas le Cabinet Papen qui précisément s'est engagé dans une politique non pas d'amitié mais du moins de désescalade des tensions avec la NSDAP, c'est-à-dire dans un choix politique au sens de Schmitt. Or, ce choix Schmitt le qualifie d'impartial, de « non-partisan », d'objectif et de juste, comme s'il était neutre, comme s'il pouvait échapper à la discrétionnarité politique de la « décision ». Donc : soit Schmitt est dans une contradiction interne à sa pensée, soit il nous ment.

Or, il y a bien des raisons de penser qu'on ne peut écarter simplement la première hypothèse, et c'est pour cela que le procès de 1932 est exemplaire car il permet à Schmitt de venir défendre non pas seulement le point de vue du *Reich*, mais aussi sa propre doctrine. En effet, on se trouve alors dans le « cas d'exception ». Et si, comme le répète Schmitt à l'envi, la norme suppose la situation normale, on est alors précisément dans le cas où le salut politique tout entier de l'Allemagne est remis à la seule « décision ». On est dans le cas de la culmination du politique. Et certainement, pour Schmitt, un cas où les tribunaux

et donc aussi cette cour devant laquelle il plaide devraient n'avoir rien à dire et se taire. Mais de cette tension politique maximale naîtrait, comme par enchantement, tel un *deus ex machina*, un pouvoir « juste et objectif », non partisan, un pouvoir *neutre*, si l'on peut appeler ainsi un pouvoir détenant la miraculeuse capacité à déterminer de façon « juste et objective » qui est l'ennemi principal (en l'occurrence, les communistes plutôt que les nazis). Car, dit-il dans la même intervention, « seul un gouvernement indépendant peut prendre la décision sur la question de savoir si un parti est légal ou illégal ». Dans la situation de la culmination du politique et de la polarisation maximale, Schmitt nous demande de croire à la possibilité de l'indépendance de l'autorité politique, c'est-à-dire à ce que celle-ci s'élève au-dessus des partis. Or, cette rhétorique schmittienne n'est pas purement conjoncturelle. Elle est liée à la pensée centrale du cas de nécessité et à la doctrine de la souveraineté qui lui est liée : lorsque le cas de nécessité se produit, que l'existence même de la communauté politique est en jeu, le souverain apparaît qui décide sur et dans le cas de nécessité. Le souverain fait alors corps avec la communauté politique – du moins, lorsqu'il y a un ennemi intérieur tel le Parti communiste allemand, avec sa *sanior pars* – l'incarne dans son unité même, « sans aucune division du tout » pour reprendre une formule célèbre de Rousseau et s'élève ainsi au-dessus des partis et des factions : il devient l'objectivité même de la collectivité politique. Par un paradoxe apparent, parce que le souverain

incarne le collectif, il devient « indépendant » et, par nécessité de la nécessité en quelque sorte, « juste et objectif ». Ce paradoxe ne s'explique que si l'on comprend que le « peuple » de Schmitt n'est qu'un mythe destiné à effacer la société réelle avec ses clivages et ses tensions et si l'on se souvient qu'en 1928 déjà, dans sa *Théorie de la constitution*, Schmitt opposait à la représentation, qui présuppose la société divisée, une politique de l'identité qui évacue précisément la division du tout et donne au mot « démocratie » la signification particulière qu'il a chez cet auteur bien avant 1933 (*Schmitt* 5, p. 342). Et l'on comprend aussi pourquoi, dans le droit fil de ce « mythe du politique » (*Zarka*), en 1934 Schmitt pourra écrire que la Nuit des longs couteaux fut une opération de justice menée par le Führer, juge suprême. La nécessité efface toute division, toute séparation et *objective et justifie en même temps la plenitudo potestatis* du souverain : la légitimité immédiate du souverain annihile une légalité faite pour la division des intérêts, c'est-à-dire la conflictualité du procès normal. D'ailleurs, les débats du procès Prusse contre Reich sont largement un dialogue de sourds : peu importe à Schmitt les arguments de « légalité » dans l'affaire puisque la question se pose entièrement, à ses yeux, du point de vue de la légitimité et que celle-ci découle immédiatement de la décision du 20 juillet. C'est pour lui, en vérité un procès *impossible* puisqu'il met en scène la division de corps politique allemand alors même que la légalité ordinaire a disparu de cette scène.

C'est pourquoi la remarque de Heller citée plus haut est importante : les autres interventions en défense de la Prusse s'attachent à démontrer l'illégalité de la décision d'après le strict droit positif (incompétence, violation des formes, violation des conditions de fond posées par l'art. 48). L'argument juridique « décisif » de Heller relève de ce que le juriste français appelle le « détournement de pouvoir » : l'ordonnance a été prise pour des mobiles autres que ceux qui sont légalement prescrits. Ce faisant, c'est à l'intention réelle du Cabinet Papen qu'il s'en prend et dont il demande à apporter les preuves. Or, cette intention relève de la politique partisane du nouveau Chancelier sacrifiant la Prusse à ses intérêts tactiques à l'égard d'Hitler. C'est pourquoi il lui faut démonter ironiquement l'argumentaire schmittien et la mythologie d'un gouvernement « indépendant », « juste et objectif ». À la question « que faire de Carl Schmitt », Heller répond sans ambiguïté : en *démonter la rhétorique* (Kervégan : si Heller prend de l'« intérêt » à Schmitt, c'est un intérêt de combattant, un intérêt négatif [voir p. 26]).

Dans un passage de sa *Staatslehre*, Heller écrit : « Le caractère créateur de pouvoir du droit est également méconnu par Carl Schmitt qui, de surcroît, confond normativité et positivité en affirmant que l'unité et l'ordre reposent "dans l'existence politique de l'État et non dans les lois, les règles ou de quelconques normativités". Or, normativité et existentialité sont précisément pour l'État non pas des contradictions, mais des conditions réciproques. » (Heller 3,


t. 3, p. 300). Ici, Heller démonte bien le discours schmittien du mythe de l'unité : il n'existe pas d'unité politique transcendant la norme et sans laquelle celle-ci n'aurait pas de signification ni d'effectivité possible. L'unité ne peut être pensée que *dialectiquement* : le pouvoir ne plane pas au-dessus de la norme et, réciproquement, la norme, au-dessus du pouvoir. Comme Heller le dit un peu plus bas : « Au caractère créateur de pouvoir du droit correspond le caractère créateur de droit du pouvoir. »

Au fond, Schmitt ne peut sortir de la mythologisation du politique parce qu'il ignore ou veut ignorer le donné sociologique de la vie politique. C'est pourquoi « l'avocat influent du fascisme allemand » ne peut que rester « coincé dans un psychologisme vide ». D'où la critique sans merci de la distinction *ami/ennemi* comme caractéristique du politique : « Même si l'on veut voir dans la politique la continuation de la guerre, son caractère propre réside précisément dans l'utilisation d'autres moyens; la plus grande partie de la politique consiste bien dans l'effort pour éviter le conflit *ami/ennemi*. » Heller est sans pitié pour Schmitt quand il ajoute que sa notion de politique débouche tout au plus sur la « trivialité selon laquelle toute vie est un combat » et que, au fond, il ne serait pas tout à fait injustifié de soumettre Schmitt à « un traitement psychanalytique » (Heller 3, t. 3, p. 314). Schmitt comme *mythomane*, en quelque sorte : difficile donc de trouver une quelconque affinité élective entre les deux hommes.



Le décisionnisme schmittien ne se comprend que dans le cadre de son mythe politique de l'unité du peuple et de l'État. « Il n'existe aucun régime ni aucune forme de gouvernement dans lesquels un commandement représenterait en soi déjà une "valeur juridique" positive et la formule selon laquelle "le meilleur en ce monde est un commandement" peut bien réjouir l'esthète de la puissance culturellement fatigué, mais une telle phrase est tout simplement fausse, quel que soit le type de pouvoir politique. » (Heller 3, t. 3, p. 331-332.) C'est le Schmitt de *Légalité et légitimité* qui est ici visé (Schmitt 4). Le Schmitt qui, en permanence, « sous-estime la normativité » : il « l'oppose faussement à l'existentialité, de sorte qu'il ne peut concevoir la constitution que comme "décision" et non comme norme ». Et pourtant : « Il n'existe aucune constitution politique qui ne soit précisément comme état d'être un être normativement conformé, c'est-à-dire qui ne soit à côté d'une forme d'activité simplement normale une forme d'activité normée. » (Heller 3, t. 3, p. 366.) Il n'y a pas de normalité sans normativité. Il n'y a donc pas de décision souveraine au-delà et au-dessus des normes et, même si le pouvoir conditionne la norme, en retour la norme conditionne le pouvoir. Il n'y a pas de « situation normale » et de « situation d'exception » sans une norme qui permette de les distinguer et celle-ci doit jouer donc encore dans la situation d'exception. On voit ici tout l'enjeu qui donne à l'affrontement entre Schmitt et Heller lors du procès Prusse contre Reich sa densité intellectuelle et son intensité politique.

« C'est seulement par l'élément normatif qu'une situation de domination momentanée et complètement imprévisible peut être normalisée en une situation de continuité et de prévisibilité, c'est-à-dire rapportée à une constitution durable par-delà le moment. » (Heller 3, t. 3, p. 368.) Autrement dit,



l'ordonnance de nécessité, en cas de situation anormale, ne peut être juridiquement justifiée – « normalisée » – que par « l'élément normatif » de la Constitution elle-même qui vise à sa propre permanence. Méconnaître les conditions et les buts fixés par la Constitution aux pouvoirs d'urgence ne peut être légitimé par aucun ordre prétendument supérieur tel que l'unité du peuple ou la « Constitution positive » comme « décision fondamentale d'un peuple quant à sa forme politique » – on rappelle ici la distinction que fait Schmitt dans la *Théorie de la constitution* entre « constitution (positive) » et simple « légalité constitutionnelle » – parce que, précisément, la normalité ne précède pas la normativité constitutionnelle.

D'ailleurs dans son ouvrage paru en 1927, *Souveränität*, Heller a déjà bien vu la contradiction interne à la pensée de Schmitt à propos de l'article 48 de la Constitution de Weimar. Celui-ci appelé devant ses pairs, lors du congrès annuel de l'Association des professeurs allemands de droit public, à commenter l'article 48, confronté donc à l'analyse positive du texte, doit bien reconnaître que cette disposition ne confère aucunement au Président du *Reich* un pouvoir illimité et inconditionné et que, dans les termes mêmes de son opposition entre dictature souveraine

et dictature de commission, il faut voir dans l'article 48 « un cas parfaitement net de dictature de commission » (Schmitt 6). En ce cas, conclut Heller, « on ne peut affirmer à la fois que la dictature du Président est nécessairement commissariale et que le Président serait cette instance habilitée à prendre des "actes de souveraineté" » (Heller 3, t. 2, p. 90). Cette contradiction révèle combien le mythe politique vient recouvrir et obscurcir chez Schmitt les raisons du droit.

En fait l'hyper-politisation (et donc mythologisation) du droit chez Carl Schmitt vient de ce qu'il ne voit les choses – le droit public – que d'en-haut, du côté du pouvoir. Il lui manque cette dimension sociale du droit. Or : « Ce qui apparaît d'en-haut comme commandement, jugement, acte juridique, apparaît d'en bas comme règle de droit. » Et : « Sans normativité, aucune décision ne saurait faire naître la normalité et, avec elle, la continuité du comportement. » (Heller 3, t. 3, p. 379). Sans normativité, il n'y a pas de société possible, ni de politique imaginable. Heller propose donc, contre la transcendance paradoxale et mythologique du souverain schmittien, une conception décidément immanentiste du droit public qui se joue dans les tensions dialectiques entre le juridique, le politique et le social (Ulderico Pomarici, « Hermann Hellers Souveränitätslehre als Theorie des Verhältnisses von Recht und Politik und ihre Auseinandersetzung mit Carl Schmitt », dans : *Llanque*, p. 43 s.).

Cette même conception l'oppose théoriquement à Hans Kelsen.

## 5. Heller contre Kelsen

« La fonction de la norme juridique, écrit Heller, pour la continuité historique de la constitution effective est tout autant méconnue par le logicisme normatif de Kelsen que par le décisionnisme de Schmitt. » (Heller 3, t. 3, p. 379.) Kelsen est, sans aucun doute, l'ennemi n° 1 de Schmitt, et réciproquement. Toutefois ce qui les rapproche malgré leur désaccord réciproque et haineux, c'est, selon Heller, leur unilatéralité, autrement dit leur incapacité à penser dialectiquement. C'est pourquoi, en tant que penseur de la médiation dialectique, Heller est probablement plus loin encore de Schmitt que Kelsen et plus loin encore de Kelsen que Schmitt. « Sous la houlette de Georg Jellinek, la théorie dominante de l'État se contente de placer à côté de la constitution comme être, la constitution juridique comme devoir-être, sans établir aucun lien scientifique entre les deux. » Schmitt situe la constitution (positive, la vraie, comme décision) dans le camp de l'être; Kelsen l'enclot dans le camp du devoir-être. C'est une unilatéralité partagée qui, profondément, les oppose : tous deux séparent être et devoir-être et, entre les deux, prennent parti. « La théorie de l'État ne peut échapper à ces unilatéralités que si elle parvient à montrer le lien effectif à partir duquel la constitution comme être ainsi que la constitution juridique normative et la méthode du juriste

dogmatique qui lui convient peuvent être expliquées et comprises. » (Heller 3, t. 3, p. 373.) Heller ne se situe donc pas *entre* Schmitt et Kelsen, mais *au-delà*. Il rejette avec la même force et tout à la fois le transcendantalisme politique de Schmitt et le transcendantalisme juridique de Kelsen (Selon Stanley L. Paulson, la critique de Heller ne vaut que pour le jeune Kelsen jusque dans les années 1920 et méconnaît le tournant véritablement néo-kantien de la fin des années 1920 qui amène notamment Kelsen à abandonner la thèse de la complétude logique de l'ordre juridique : dans Müller/Staff 1, p. 679 s. La critique de la thèse de la complétude logique se trouve dans *Souveränität*, Heller 3, t. 2, p. 111 s. et *Staatslehre*, Heller 3, t. 3, p. 381 s., où Heller ne cite effectivement que *Das Problem der Souveränität* publié par Kelsen en 1920.)

On voit bien, à la lecture de la « Crise de l'État », que Kelsen est au fond l'adversaire théorique principal de Heller. La théorie juridique de Schmitt se laisse en effet réfuter par la mise à jour de ses contradictions internes : son hyper-politisation la rend contradictoire en elle-même, en tant que théorie prétendument *juridique*. Celle de Kelsen, en revanche, ne succombe pas de la même manière : du point de vue interne, le logicisme normativiste se déploie avec une cohérence à toute épreuve. Le combattre suppose donc de s'en prendre à ses présupposés et le considérer d'un point de vue externe pour contester sa valeur heuristique, sa capacité à donner à connaître le « droit », son mode de construction de l'objet juridique. L'adversaire est donc beaucoup plus coriace.

De ce point de vue, la question fondamentale que pose Heller à la théorie pure du droit peut être formulée comme suit : peut-on comprendre la normativité à partir de la seule forme de la norme ? Ou bien la normativité n'est-elle pas aussi « phénoménale » et donc nécessairement « matérielle » (dans l'ordre de l'axiologie et de la téléologie) d'une part, et « sociale » (dans l'ordre du jeu de la puissance et des résistances) d'autre part ?

La décision épistémique de Heller est claire et on la voit jouer à plein contre Kelsen dans le texte présentement traduit. Mais la critique du logicisme kelsenien traverse et instruit pratiquement l'œuvre complète de Heller. Ainsi, dans l'ouvrage précédemment cité consacré à la souveraineté, qui est en grande partie dirigé contre le livre de Kelsen, *Le problème de la souveraineté* (Kelsen 3), Heller pose la question de ce que l'on entend par « positivité » du droit : « Qui, au bout du compte, positive le droit : la volonté vivante, individuelle et historique, ou bien la norme fondamentale ? » À cette question, Kelsen apporte une « réponse logiquement incompréhensible » : la norme fondamentale habilite l'autorité constituante et la constitution trouve sa *validité* juridique dans cette norme présumée, mais son *contenu*, dans l'acte empirique de volonté de l'autorité constituante. Or, argumente Heller contre la théorie pure, comment peut-on encore comprendre la *positivité* du droit à partir d'une telle disjonction radicale entre *validité* (purement formelle) et *contenu* du droit ? « Du fait que Kelsen évacue l'individualité volitive [c'est-à-dire

le « ce que » la volonté « veut » concrètement. OJ], ce n'est pas seulement le concept de souveraineté qui devient incompréhensible, c'est aussi celui de la positivité. » (Heller 3, t. 2, p. 75.) Qu'est-ce qu'un droit « positif » sans contenu ? On peut bien dire, d'un point de vue strictement abstrait, que les droits positifs, *en général*, peuvent avoir n'importe quels contenus, mais un tel point de départ ne peut fonder aucune science juridique d'un droit positif particulier, puisque sa particularité ne tient pas à sa forme – universelle – mais à son contenu – particulier. Le formalisme positiviste de Kelsen ne permet de comprendre aucun « droit positif » en sa particularité (matérielle). C'est donc que la « positivité » du droit doit, conceptuellement, contenir le moment particulier, le moment matériel du droit. C'est justement ce *à côté de quoi* passe la théorie pure. Du moins, elle passe à côté du problème, lorsqu'elle se place d'un point de vue purement théorique; dès lors qu'elle s'approche, même trop abstraitement, des difficultés concrètes, Kelsen réintroduit par la petite porte des éléments matériels ou sociologiques qui viennent troubler la grande pyramide logique du normativisme intégral. Heller prend soin de montrer ces troubles de la théorie pure dans la « Crise de la théorie de l'État » et il suffit ici d'y renvoyer. Il y a de l'impureté dans le kelsenisme et Heller traite celle-ci comme un symptôme de son incapacité à rendre compte de la réalité, de l'effectivité des ordres juridiques « positifs ».

Si Kelsen n'a pas directement participé à la procédure *Prusse contre Reich*, il a du moins fait un com-

mentaire du jugement qui a paru quelques mois seulement avant que les mesures d'épuration de la fonction publique ne l'obligent à quitter sa chaire de Cologne (Kelsen 2; l'argumentation de Kelsen est présentée dans son détail en anglais dans : *Dyzenhaus* 2, p. 123-132). On ne connaît pas de réaction de Heller à ce texte. Les considérations qui précèdent permettent toutefois de mettre en exergue un point fondamental d'opposition des démarches entre les deux auteurs. Le formalisme kelsénien, qui doit tout de même se confronter au fond du droit de l'article 48, débouche sur des conclusions ambiguës. Kelsen rappelle le principe qu'il a toujours défendu, notamment lors de sa querelle avec Schmitt autour de la question du « gardien de la constitution », selon laquelle toutes les questions de droit constitutionnel, y compris donc celles qui concernent cette ordonnance de nécessité, sont justiciables : le cas de nécessité n'écarte pas l'application des normes; un juge est une autorité pouvant être légalement habilitée à cet égard et la Constitution de Weimar habilite correctement le *Staatsgerichtshof* pour trancher les problèmes juridiques liés au « Coup de Prusse ». Sa critique de la décision de la Cour est purement formelle : elle apparaît contradictoire et, surtout, dans son dispositif, elle se contente de déclarer que l'ordonnance est constitutionnelle sous réserve qu'elle laisse au Gouvernement prussien ses fonctions de représentation, à défaut de ses capacités d'action. Or, la Cour aurait dû prendre un jugement *constitutif* et non pas seulement *déclaratif*, annulant même partiellement l'ordonnance.



Mais, sur le fond, même si l'on sent que Kelsen eût préféré l'annulation totale de l'ordonnance, sa critique porte moins sur le jugement que sur le texte de l'article 48 qui lui semble insuffisamment précis en l'absence de législation le concrétisant. De ce fait, « il entendait faire valoir que la science juridique avait peu à dire sur cette matière, parce que, de son point de vue, un jugement concluant à la constitutionnalité ou à l'inconstitutionnalité de l'ordonnance était, dans l'un et l'autre cas, un acte politique de législation juridictionnelle » (*Dyznehaus* 2, p. 128). Au bout du compte, l'article 48 ouvrait tout à la fois une grande marge de discrétionnarité au Président *et* à la Cour.

Mais surtout : Kelsen n'examine pas du tout l'argument évoqué plus haut de Heller, selon lequel cette ordonnance serait inconstitutionnelle à raison du but effectivement poursuivi, à savoir non pas le rétablissement de l'ordre public, mais la désescalade des tensions avec la NSDAP. Cette absence se comprend et confirme que l'objection théorique faite par Heller au logicisme formaliste produit des conséquences pratiques quant aux modes de l'argumentation juridique. L'argument de Heller, celui du « détournement de pouvoir » suppose que le juriste tienne compte du *contenu* de la volonté individuelle qui agit à travers l'acte juridique et donc aussi du « but déterminant ». Il faut répéter ici la citation faite plus haut de Heller : « Du fait que Kelsen évacue l'individualité volitive, ce n'est pas seulement le concept de souveraineté qui devient incompréhensible, c'est aussi celui de la positivité. » Parce que le droit « positif » de Kel-

sen est un droit sans « individualité volitive », l'examen juridique, *scientifique* de l'acte juridique doit se borner aux conditions normatives « formelles » de l'acte. Parmi ces conditions, il y a sans doute celles qui sont liées aux circonstances de fait, car comme le dit Kelsen dans son commentaire, « les prétendues questions de fait sont des questions de droit ». On laisse de côté ici le problème de savoir comment des questions « juridico-factuelles » sont décidables d'un point de vue strictement « formaliste ». Mais le *quod* de la volonté, cela même que, effectivement, elle veut, échappe certainement à l'analyse juridique. Or, si l'on soutient avec Heller que la positivité du droit ne peut se comprendre sans l'analyse de ce que veut l'« individualité volitive » en action, parce que cette « individualité volitive » agit dans un contexte social et politique concret, cette économie kelsénienne des moyens juridiques équivaut à une émasculatation injustifiée du juriste. D'où l'on comprend l'insistance de Heller, dans la « Crise de la théorie de l'État », sur les dimensions axiologique et téléologique du droit, des dimensions qui doivent être prises en compte non pas *in abstracto*, du point de vue d'un prétendu droit rationnel, mais *in concreto*, ce qui suppose que la science du droit trouve sa connexion avec l'analyse sociologique et politologique.

Cette divergence fondamentale entre Heller et Kelsen explique notamment pourquoi leurs défenses respectives de la démocratie et de l'État de droit aboutissent à des conclusions séparées. Dans la conception formelle de la démocratie selon Kelsen,

au bout du compte, si la majorité du corps électoral allemand se décide pour la dictature, la science n'a qu'à se taire (Kelsen 1). Elle n'a rien à « enseigner » à la volonté formelle du peuple. Heller, le militant infatigable de l'« éducation populaire », prévient, en 1932 :

« Les professeurs et écrivains nationalistes peuvent bien stigmatiser l'empire européen comme "trahison faite à l'esprit occidental" et tirer de ce fait la conséquence que l'Occident et les nations européennes n'auraient d'autre mission à remplir que de sombrer dans l'honneur. Pour moi, il apparaît cependant non pas seulement plus national, mais aussi plus honorable et, en tout cas plus conforme à l'esprit occidental, tel qu'il était entendu il y a deux générations encore, que les forces spirituelles de la nation commencent à prendre honte de leur désertion, si seulement elles voulaient, enfin, reconnaître le contenu aujourd'hui nécessaire de ces lois qui seules peuvent nous permettre de nous former comme des personnalités. Il faudrait en venir à admettre que la soumission de l'économie à la loi, dans les conditions de l'État de droit, ne signifie rien autre que la subordination des conditions de vie aux buts de la vie et, de la sorte, que la condition d'une rénovation de notre culture. Il faudrait admettre que la culture occidentale n'est pas menacée par la loi et son extension à l'économie, mais au contraire par l'anarchie et son expression politique, la dictature, comme par la fureur anarchiste contre notre mode de production capitaliste qui n'admet pas que les travailleurs manuels, ni les travailleurs intellectuels aient l'envie ni la possibilité de

participer à notre culture. Ce constat devrait leur faire saisir qu'il n'y a aucune alternative entre les rationalistes déracinés (*blutlos*) et les irrationalistes avides de leurs racines (*blutgierig*); une nausée irrépressible devrait trancher entre la dictature fasciste et l'État de droit social. » (Heller 3, t. 2, p. 461-462.)

## 6. La théorie de l'État comme sociologie

On a souvent reproché à Heller de n'être qu'un polémiste de talent, un critique acerbe de ses contemporains, mais incapable de fournir une théorie constructive susceptible d'échapper aux problèmes qu'il voyait, de manière souvent perspicace, chez autrui (Groh, p. 141 et réf. note 3). On s'est cependant essayé, dans cette présentation, de montrer à la lumière de l'affaire du « Coup de Prusse » que les positions théoriques « critiques » de Heller pouvaient avoir au moins autant de conséquences positives et pratiques que celles soutenues pas ses principaux adversaires, Schmitt et Kelsen. Mais il s'agit d'aller plus loin. On l'a dit, l'adversaire théorique principal de Heller vient de Vienne. La doctrine allemande dominante rejette presque unanimement la théorie pure du droit et elle a raison, constate Heller. « Toutefois, ajoute-t-il, avec un tel rejet, aussi justifié soit-il, on n'a encore rien fait tant que l'on ne peut opposer à la méthodologie kelsénienne une autre méthodologie, plus satisfaisante, de la théorie de l'État. » (*Staatslehre*, Heller 3, t. 3, p. 124.) C'est à cette

tâche constructive que Heller a voulu s'atteler dans sa *Staatslehre* malheureusement inachevée.

Le point de départ d'une reconstruction méthodologique de la théorie de l'État moderne – qui est aussi une théorie moderne de l'État – tient en l'affirmation de ce que celle-ci doit être comprise comme étant, fondamentalement, une « sociologie » (pour ce qui suit : *Staatslehre*, Heller 3, t. 3, p. 124 s.; voir aussi, spécialement : *Schluchter*, p. 250 s.; *Groh*, p. 145 s.). En effet, après la disparition du monde médiéval et de ses représentations, « on doit s'efforcer de comprendre l'État dans son immanence ». Les débuts de « La crise de la théorie de l'État » exposent d'ailleurs comment la sortie du monde médiéval unitaire commande que soit reprise à nouveaux frais la question sociologique et les difficultés, dues à l'influence à long terme de l'école historique et du romantisme, que cette reprise suscite pour la science allemande. Cette sociologie est d'abord déterminée par Heller comme une « science de la culture ». « L'objet des sciences de la culture consiste en cette partie du monde physique que nous pouvons comprendre comme configuration téléologique humaine (*mens-chliche Zweckformung*). » Il y a culture lorsqu'il y a projet et but humains, reconnaissable à travers des événements ou choses du monde physique. La localisation de la théorie de l'État, en tant que sociologie, parmi les « sciences de la culture » a donc deux conséquences décisives : l'introduction de l'élément téléologique dont le lecteur de la « Crise de l'État » verra toute l'importance et qui oppose sciences de la culture

et sciences de la nature; la détermination de la sociologie comme « science de la réalité » (*Wirklichkeitswissenschaft*) par opposition à la tradition allemande – chez Dilthey notamment – des sciences dites « de l'esprit ». Il convient d'insister rapidement sur ce deuxième aspect, non sans avoir préalablement souligné que dans la « Crise de la théorie de l'État », en 1926, Heller n'a pas encore opéré cette distinction puisqu'il utilise indifféremment « science de la culture » et « science de l'esprit » et n'a donc pas encore mis au point sa conception de la « science de la culture » comme « science de la réalité ». C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le lecteur sentira non sans raison certains flottements et certaines insuffisances théoriques à la fin du texte.

« La question de savoir, écrit Heller, si l'objet "État", du point de vue des sciences de la culture, doit être conçu comme une configuration de sens non-physique, comme esprit objectif ou bien au contraire comme une forme psycho-physique de réalité, cette question est d'une importance capitale pour la théorie de l'État et du droit. De la réponse qu'on lui donne dépend le jugement quant au caractère de réalité, quant au mode d'être de l'État, la détermination du rapport entre État et droit et, dans presque toutes les prises de position particulières, ce problème s'insinue. Surtout, nous ramenons précisément à cet "idéalisme" l'insuffisance de ces théories de l'État qui caractérisent celui-ci comme esprit, idée, idéologie, configuration de sens, ordre normatif, abstraction, fiction ou tout autre chose du même ordre et

qui lui dérobent, au moyen de tous ces noms, le prédicat de la réalité. » L'affirmation de l'État comme réalité révoque les principales théories de l'État en circulation sur le marché des idées weimariennes : l'« idéologie » vise les marxistes, la « configuration de sens », Smend et la théorie de l'État comme « science de l'esprit », l'« abstraction », Jellinek et ses disciples, la « fiction », la doctrine juridique dominante et, enfin et surtout, l'« ordre normatif », Kelsen et l'école de Vienne.

« Science de la réalité » signifie pour Heller que la sociologie en général et la sociologie de l'État en particulier ne peut se fonder sur cette représentation – qu'il voit largement à l'œuvre dans les sciences sociales allemandes de son époque – d'un « esprit objectif » séparé des conditions et des intentions concrètes de l'action des individus. Même Max Weber, qui proclame dans son essai de 1904 sur l'objectivité des sciences sociales que la sociologie est une « science de la réalité », a selon Heller « dès le départ déréalisé pour ainsi dire sa science de la réalité en la réduisant à ce qui est compréhensible, à des contenus de sens, à un esprit objectif ». Il ne s'agit pas ici de savoir si ce reproche est ou non fondé, mais d'identifier ce contre quoi Heller entend instituer sa sociologie (voir : Andreas Anter, « Hermann Heller und Max Weber. Normativität und Wirklichkeit des Staates », dans : *Llanque*, p. 119 s.).

La conception dominante, en faisant des sciences sociales des « sciences de l'esprit (objectif) », limite l'objet de celles-ci à de simples « configurations de

sens » (*Sinngeblide*). Or, si la théorie de l'État doit concevoir celui-ci comme « réalité », « il devrait être évident qu'elle ne peut simplement viser une configuration complexe de sens ou le contenu d'un sentiment qui s'exprimeraient dans l'État ni seulement les causes psychiques de l'action de l'État, mais qu'elle doit s'en tenir à la saisie de l'État comme configuration de la réalité. » Bien sûr, une théorie de l'État ne saurait d'aucune façon « renoncer à l'interprétation du sens », mais « la réalité sociale ne connaît que l'unité du sens et de l'acte ». Réduire l'État à une « configuration de sens », c'est manquer son historicité puisqu'une « configuration de sens » n'a, par elle-même ni en elle-même, aucune histoire : c'est l'action qui explique la dimension historique de la société et donc la possibilité du changement social. La sociologie ne peut donc être simplement « compréhensive », elle doit être aussi explicative, connaissance par les causes. Son unité ne saurait être confondue avec l'unilatéralité : elle doit se fonder sur « l'unité dialectique de l'acte et de la signification ». Les théories de l'esprit objectif, au-delà de leur diversité, réintroduisent une forme de transcendance là où Heller exige une conception purement immanentiste de l'État, ce qui est l'objectif profond de sa « science de la réalité ». Mais la théorie de l'État ne saurait se perdre dans la pure subjectivité, celle des acteurs comme celle du sujet de la connaissance. Nous sommes nous-mêmes le « sujet-objet » de ce « processus humain » qu'est l'État et c'est pourquoi, dans le concept scientifique de l'État, « les deux moments



que sont l'activité humaine subjective et ses conditions objectives doivent être inséparablement liés l'un à l'autre ».

Derrière la critique épistémologique, il y a une critique politique tacite : poser un esprit objectif en surplomb de la vie sociale réelle, c'est nourrir, consciemment ou non, le conservatisme politique et social. L'une des cibles visées par Heller est certainement la « théorie de l'intégration » de Rudolf Smend : la constitution est un système de valeurs, de « configurations de sens » qui, dans la partie consacrée aux droits fondamentaux notamment, suscite l'adhésion et donc l'intégration des individus. En ce sens, la constitution est « esprit objectif » et la théorie de l'État, « science de l'esprit » (Smend). Mais, même aux antipodes de Smend, la théorie pure du droit, en tant qu'elle identifie État et ordre juridique et ne peut penser selon Heller le moment de l'action dès lors qu'elle sépare l'acte de volonté de ses contenus normatifs et n'est au fond qu'une variante de cette théorie de l'esprit objectif. Or, toute théorie unilatéralement « objective » de l'État tend à présenter celui-ci comme un « tiers supérieur » : mais nous, socialistes, écrit Heller, « nous ne pouvons voir dans l'État une essence et une autorité située au-dessus de la réalité sociale et indépendante de celle-ci » (« Ziele und Grenzen einer deutschen Verfassungsreform », 1931, Heller 3, t. 2, p. 414). Il faut redonner sa place à l'acte et donc aussi à l'acteur. Cet essai de fondation de la sociologie s'accorde pleinement aux prises de position politiques de Heller : la Constitution de Weimar

n'est pas l'expression d'un esprit objectif ou d'un ordre de valeurs, elle est d'abord un cadre d'action, et un cadre démocratique, ouvert dans lequel les socialistes peuvent eux aussi agir pour affirmer leurs « significations ». C'est pourquoi, contrairement à une large frange de la gauche, Heller se fera jusqu'au bout l'ardent défenseur du système weimarien et même, « s'il le faut, les armes à la main » (« Freiheit und Form in der Reichsverfassung », 1929/1930, Heller 3, t. 2, p. 377).

## 7. L'État, unité organisée de décision et d'action

Une théorie de l'État doit penser son objet, l'État, comme unité. Mais, de ce qui précède, il est clair qu'une telle unité ne saurait être ni l'unité mythique du « peuple » schmittien, ni l'unité du système juridique kelsénien, non plus que l'unité intégrative de sens proposée par Smend. L'unité de l'État, dans la sociologie de Heller, ne peut être qu'une « unité dans la diversité », comme le répète « La crise de la théorie de l'État ». La diversité précède l'unité : « L'uniformité relative, naturelle ou culturelle, des habitants d'un territoire ne peut jamais, par elle-même, produire l'unité de l'État. » (Sur ce point et pour ce qui suit : *Staatslehre*, Heller 3, t. 3, p. 339-349.) Au contraire, cette unité ne peut être conçue que « comme le résultat d'actes humains conscients, de la formation consciente d'une unité, comme organisation ». L'État n'est donc pas le fruit d'une « homogénéité » préétablie

(sociale, culturelle, « raciale », linguistique, etc.). Il est avant tout *organisation de la puissance*. Seule cette organisation, en tant que « structure ordonnée d'action », surmonte la diversité qui le précède. L'unité n'est donc ni substantielle, ni idéale et la notion d'organisation, qui résulte de ce que Heller a mis au cœur de sa théorie l'action et l'acteur, permet, ainsi d'échapper autant à la mythologie schmittienne de l'unité et à l'abstraction kelsenienne de l'État comme système de normes. Parce que l'organisation est ordonnée à l'action en permettant la collaboration des acteurs et la coordination des actes, l'État, comme système social « agi par une pluralité, mais agissant dans l'unité », doit donc être dit « unité de décision et d'action » (*Entscheidungs- und Wirkungseinheit*) (outre le passage cité de la *Staatslehre*, on se reportera à l'article *Staat* paru dans le *Handwörterbuch der Soziologie* en 1931 et qui concentre la pensée de Heller : Heller 3, t. 3, p. 5, not. p. 15 s. Voir aussi : *Dehnhard*, p. 62 s.).

Mais parce que l'organisation est elle-même le résultat de l'action humaine, ordonnée à l'action à venir, elle est foncièrement processus et « l'unité organisée de l'État » est « création chaque jour renouvelée » (*Staatslehre*, Heller 3, t. 3, p. 381). L'organisation est donc processus unifiant, toujours à faire, structure non pas fixe mais en procès. Cette considération est intimement liée au fait que l'État, en tant que « centre d'action » ne se décompose pas en « gouvernants » et « gouvernés » (Heller 3, t. 3, p. 342) mais, dans la Constitution démocratique, ouverte de Wei-

mar, fait participer la société au processus politique, de sorte que l'État, en tant qu'organisation de la puissance, est toujours en procès. La réforme y est donc autant possible que la révolution et, puisque la première est préférable, il vaut la peine de se battre pour « Weimar ».

Il reste à savoir comment doit se comprendre le « droit » à partir de cette fondation sociologique de l'État. Si l'on postule, avec Kelsen, une séparation absolue entre être et devoir-être, la théorie hellérienne de l'État ne peut d'aucune façon prendre en charge la question du droit. Toutefois, comme on l'a vu, pour Heller, la théorie pure du droit ne peut assumer le problème sinon peut-être de la *normativité*, du moins certainement celui de la *positivité* du droit. Cette incapacité vient de ce que la théorie pure détache et sépare la norme, en tant que « signification objective d'un acte de volonté », de l'acte subjectif de volonté qui la pose. Or la norme juridique n'est pas pensable sans la volonté réelle qui la veut. Mais réciproquement, le décisionnisme schmittien méconnaît complètement la question de la normativité. Le mythe politique schmittien repose sur la postulation d'une « existence politique de l'État » purement concrète et unifiée indépendamment des « lois, des règles et de quelconques normativités ». Or, réplique Heller, « normativité et existentialité ne s'opposent pas pour l'État, mais se conditionnent réciproquement » (Heller 3, t. 3, p. 300, avec la référence à la *Théorie de la constitution* de Schmitt). Ainsi, les distinctions entre « décision », dans l'ordre de l'existentialité, et la norme,

entre « normalité » et « normativité » sont faussées dans leur principe : la décision étatique comporte toujours le moment de la norme et réciproquement ; et si, dans une certaine mesure, la normativité suppose la normalité, celle-ci est, en retour, largement produite par l'ordre juridique d'après lequel seulement on peut distinguer entre normal et anormal, ce qui ne signifie pas que normativité et normalité se confondent purement et simplement mais qu'elles se trouvent dans une relation de tension dialectique (Heller 3, t. 3, p. 366 s.). Il convient donc de renvoyer dos-à-dos la « norme sans volonté » et la « puissance de volonté sans norme » (Robbers, p. 50).

Il ne s'agit pas, pour Heller, de rabattre la normativité dans la réalité de l'État, ni cette dernière dans la normativité. On n'aurait rien gagné puisqu'on rétablirait d'une certaine manière la même unilatéralité qu'on dénonce chez Kelsen ou Schmitt. Il y a bien de l'écart entre norme et fait, sans lequel on ne comprendrait pas le jeu, le mouvement social et donc l'historicité des sociétés humaines. Mais cet écart est en même temps un lien de tension entre le normatif et le factuel. Discutant la question de la « positivité » du droit, Kelsen évoque bien, lui aussi, cette « tension » entre devoir-être et être (Kelsen 4, p. 18), mais précisément, séparant les deux sphères, il s'interdit de la comprendre et de l'expliquer : « La tension entre être et devoir-être ne doit jamais être unilatéralement détendue, que ce soit du côté de la réalité normative ou de celui de la réalité sociale. C'est à cette condition que l'on peut correctement comprendre

l'ordre normatif de la société, en ne présupposant justement pas une absence de rapports mais au contraire leur corrélation. » (Heller 3, t. 3, p. 291.)

La ressource méthodologique est donc de réintroduire la dialectique dans la compréhension du problème de l'État et du droit : « Toute théorie qui part de l'alternative droit ou puissance, norme ou volonté, objectivité ou subjectivité méconnaît la structure dialectique de la réalité étatique et se trouve faussée dès son point de départ. Le caractère créateur de puissance du droit nous interdit de comprendre la constitution comme la "décision" d'une puissance libre de toute norme. Une situation de puissance factuelle ne devient une position de puissance relativement durable et, de la sorte, une constitution au sens large ou au sens strict que si et seulement si les "décisions" des détenteurs de la puissance sont observées par au moins une partie des sujets soumis à cette puissance et, plus précisément, par la partie déterminante en fonction de la structure de cette puissance et que cette observance, à côté d'autres motifs (l'habitude, l'intérêt), résulte aussi de ce que ces sujets voient dans ces décisions des normes valides, des modèles normatifs ou des obligations. D'un autre côté, le caractère créateur de droit de la puissance doit réfuter la conception selon laquelle la constitution (sans contenu) recevrait sa validité juridique d'une norme sans puissance dont la validité serait simplement logique, quand son contenu, lui, viendrait de l'acte de volonté d'une autorité constituante (établie par la norme fondamentale). Effectivité et validité, être et

devoir-être de la constitution doivent certes être distingués, mais se rapportent cependant à une même réalité constitutionnelle dans laquelle en exprimant l'un on pose toujours en même temps l'autre. » (Heller 3, t. 3, p. 393.)

C'est bien sur la base de cette position fondamentale que Heller se démarque à la fois de Schmitt et de Kelsen à propos de l'affaire *Prusse contre Reich* : d'une part la normalité ou l'anormalité de la situation ne peut s'apprécier que du point de vue normatif de la constitution et donc des conditions normatives de l'article 48 et non de celui qu'adopte Schmitt de la (pure) « existence politique de l'État » ; d'autre part, l'appréciation de la constitutionnalité de l'ordonnance de 1932 ne peut s'apprécier indépendamment des conditions politiques concrètes et donc du sens qu'il faut donner à l'acte de volonté du Président du *Reich*.

## 8. L'État de droit social

On ne saurait conclure cette trop rapide présentation de la pensée de Hermann Heller sans évoquer le projet politico-constitutionnel dans lequel elle s'inscrit, à savoir la figure de l'« État de droit social » (ou, parfois, « État de droit socialiste », une expression qui ne semble pas différer sémantiquement de la première : *Groh*, p. 175).

Puisque, selon Heller, dans tout État le droit et la puissance se conditionnent mutuellement, on pourrait s'attendre à ce qu'il s'accorde avec Kelsen pour

dire que tout État est un « État de droit ». Toutefois, la célèbre formule kelsénienne, qu'on trouve pour la première fois, semble-t-il dans *Das Problem der Souveränität* de 1920 et qu'on retrouvera encore dans la seconde édition de la *Reine Rechtslehre* en 1960, ne se comprend qu'à partir de la réduction logique et formelle de l'État à l'ordre juridique. Or, l'unité de la puissance et du droit dans la théorie hellérienne de l'État comme science de la réalité n'est précisément pas une identification, mais un rapport dialectique et donc une tension entre deux pôles. S'il y a du droit dans l'État, il n'y a pas que du droit et l'expression « État de droit » peut donc bien avoir un sens autre que tautologique. D'ailleurs, cette expression est un produit historique, la formule de la revendication de la bourgeoisie contre l'ordre politique et social de l'Ancien régime. Elle avait de ce fait une signification politique et sociale concrète, un contenu « matériel » et non pas seulement formel. Puisque l'histoire des idées et l'histoire sociale se conditionnent mutuellement, cette formule était aussi la réponse de la bourgeoisie à un certain état de la vie économique : le développement de la division du travail et des échanges appelait la sécurité juridique que devait garantir le « règne de la loi », cette dernière devant avoir un caractère suffisamment général. L'idée d'égalité juridique était donc inhérente à celle de la sécurité que devaient prodiguer de bonnes lois. C'est pourquoi l'idée d'État de droit possédait une dimension « éthique » objective, une dimension « matérielle » (on suit ici l'exposé de Heller au début de « Rechts-



staat oder Diktatur ? », 1929/1930, *Heller 2*, p. 445 et s.). On retrouve ici l'influence de Hegel et de son concept d'« éthicité objective », dimension que Heller introduit dans son interprétation de Marx pour faire échapper celui-ci au « matérialisme historique sans esprit » à l'œuvre chez un Kautsky par exemple (« Sozialismus und Nation », 1925/1931, *Heller 3*, t. 1, p. 462 s.).

Une telle idée de l'État de droit dont l'égalité constituait le cœur matériel contenait en soi une tendance démocratique qui s'exprima lors de la Révolution de 1848. Lorsque la bourgeoisie, qui avait porté cette idée démocratique contre la société des ordres et des états, se rendit compte que cet idéal de l'État de droit la menaçait directement dans ses propriétés, elle imposa un concept formel, matériellement vide de l'État de droit : l'égalité fut interprétée comme ne signifiant plus qu'une égalité dans l'application de la loi générale ; l'égalité comme idéal de justice désertait le contenu même de la loi. Et la liberté ne « signifie plus que la sécurité économique bourgeoise » (*Europa und der Fascismus*, *Heller 3*, t. 2, p. 475). Puis, avec l'avènement de la République démocratique de Weimar, la « bureaucratie judiciaire », conservatrice, s'est rendu compte qu'elle pouvait utiliser le moyen du contrôle juridictionnel des lois pour mettre le législateur démocratique sous sa tutelle et empêcher tout progrès de l'égalité des conditions au nom de l'égalité des droits. On se tromperait cependant à croire que la décision du *Reichsgericht* du 4 novembre 1925 affirmant son droit de contrôle de la loi au nom de l'éga-

lité devant la loi signifiait un retour de la conception « matérielle » de l'État de droit et de l'égalité : c'est une égalité purement *formelle* qu'on appliquait à la loi dans le but précis de préserver les intérêts de la bourgeoisie. On ne rendait pas à la loi son fondement éthique objectif. « Cette surveillance du législateur populaire par le juge n'élimine pourtant pas de manière définitive le danger de l'État de droit social. » (Heller 3, t. 2, p. 450.) Ce n'est qu'une question de temps : par la nomination de nouveaux juges, par la révision constitutionnelle, un législateur social-démocrate pourra surmonter l'obstacle de la caste judiciaire. C'est pourquoi il convient de se battre pour Weimar. Il le convient d'autant plus que la seule alternative offerte à l'État de droit démocratique, dans ces années 1930, est celle de la dictature. Mais la dictature, qu'elle soit fasciste ou communiste, est l'illusion commune dont ne profiteront ni la bourgeoisie, ni le prolétariat.

Puisque l'idée séminale de l'État de droit bourgeois consistait dans le « règne de la loi » et, plus précisément, de la loi juste, il faut que la bourgeoisie accepte que ce « règne de la loi » s'étende à la sphère économique. En effet, on peut sans doute *distinguer* une sphère de l'État et une sphère sociale, mais on ne saurait les *séparer* comme deux sphères autonomes. C'est une fois encore leur unité tendue, dialectique qu'il faut au contraire penser. Si la promesse du monde moderne tient en la possibilité offerte à tous, au nom de l'égalité, d'être et d'agir comme des « per-

sonnalités », il n'est pas possible, sans contradiction, d'offrir à tous la majorité politique tout en déniait à la classe ouvrière la majorité économique et sociale, c'est-à-dire les conditions sociales de l'autonomie. C'est pourquoi la loi de l'État, dans une constitution telle que celle de Weimar, est constitutionnellement légitime à s'étendre à la vie économique : si l'on peut distinguer les sphères de l'État et de l'économie, l'autonomie concrète du citoyen, elle, n'est pas divisible. Mais parce que les « forces spirituelles » de la bourgeoisie poussent celle-ci à vouloir protéger son privilège social après avoir perdu son privilège politique au nom même de son propre principe, celui de l'État de droit, elle ne voit plus d'autre issue que de renoncer à sa culture historique libérale pour s'abandonner à la dictature. L'« État de droit social » n'est pas la contradiction de l'« État de droit libéral » mais sa continuation par d'autres moyens. En revanche, le choix de la dictature fait entrer la bourgeoisie en contradiction avec elle-même. Si elle était lucide et consciente d'elle-même, la bourgeoisie devrait ressentir cette « nausée irrépessible » qui lui dicterait un choix évident en faveur de la démocratie sociale. Elle comprendrait que la voie d'un « socialisme national » vaut infiniment mieux que l'impasse du pseudo-nationalisme et du pseudo-socialisme du national-socialisme (« Nationaler Sozialismus », *Heller* 3, t. 1, p. 573. Sur ce point et les discussions au sein du SPD : Detlef Lehnert, « Sozialismus und Nation. Hellers Staatsdenken zwischen Einheit und Vielfalt », *Llanque*, p. 181 s.).

Heller n'est pas aveugle : son espoir est un espoir désespéré. La bourgeoisie allemande des années 1930 a développé une « haine de la loi » et ne voit plus dans l'État de droit, la démocratie et le parlementarisme qu'« un mensonge conventionnel » (Heller 3, t. 2, p. 460). Elle s'aveugle jusqu'à ne plus voir que, en profondeur, c'est d'une véritable haine de soi qu'il s'agit. Il n'y a donc plus de voie pour l'« État de droit social ». Cet aveuglement est partagé par le marxisme dogmatique : il n'offre que l'horizon d'une autre dictature, celle du prolétariat. Le projet civilisateur de l'autonomie est donc de part et d'autre abandonné.

Heller fut un observateur aigu des prodromes de l'apocalypse occidentale. Il avait compris que, derrière l'affaire du « Coup de Prusse » se jouait en réalité la capacité de l'idéal de l'« État de droit » à résister aux sirènes de la dictature. Il avait aussi compris que ce même idéal devrait s'affronter au déchaînement des puissances et des coalitions économiques. Telles sont, au fond, les implications ultimes du bilan qu'il fit, en 1926, dans « La crise de la théorie de l'État ». On a envie de croire que, remis dans sa perspective propre, ce texte et, plus généralement, l'œuvre de Heller pourraient nous donner, aujourd'hui encore, à méditer, à l'époque de la globalisation, du déchaînement des puissances financières et de l'empire du management : la culture occidentale, les États dépassés par les puissances informelles, les modèles économiques et sociaux et, au bout du compte, le droit même ont-ils encore quelque chose à voir avec l'idéal historique de la « formation de la

personnalité » et la « gouvernance », avec le gouvernement des hommes ? La science juridique n'est-elle pas convoquée aujourd'hui à reconsidérer ses objets et ses présupposés, au risque même de se mettre en crise, à introduire un peu de négativité dans la positivité naïve du positivisme dominant ? Relire Heller ne signifie pas revenir à Heller mais chercher à comprendre la problématique de Heller, une problématique qui, toutes choses égales d'ailleurs, pourrait avoir quelque analogie avec la nôtre.



# Bibliographie

## Textes de Hermann Heller

Heller, H. (1), « Démocratie et homogénéité sociale » (1928), trad. par M. Köller et D. Ségлар, *Cités*, 2001/2, n° 6.

Heller, H. (2), « L'Europe et le fascisme », trad. par Philippe Quesnel des deux avant-propos et du premier chapitre de *Europa und der Fascismus*, 1<sup>re</sup> éd. 1929, 2<sup>e</sup> éd. 1931, *Cités*, 2001/2, n° 6.

Heller, H. (3), *Gesammelte Schriften*, 3 vol., 1<sup>re</sup> éd. par Martin Draht et Christoph Müller, Sijthoff, Leiden, 1971 ; 2<sup>e</sup> éd., Mohr Siebeck, Tübingen, 1992. La tomai-son et la pagination de ces deux éditions sont identi-ques.

## Littérature secondaire

Barash, J. A., « Hermann Heller critique de Carl Schmitt », *Cités*, 2001/2, n° 6.

Beaud, O. (1), « Carl Schmitt ou le juriste engagé », préface à Carl Schmitt, *Théorie de la constitution*, Pais, PUF, 1994.

Beaud, O. (2), *Les derniers jours de Weimar. Carl Schmitt et l'avènement du nazisme*, Paris, Descartes & Cie, 1997.

Dehnhard, A., *Dimensionen staatlichen Handelns. Staatstheorie in der Tradition Hermann Hellers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1996.

Dyzenhaus, D. (1), « Legal Theory in the Collapse of Weimar : Contemporary Lessons ? », *American Political Science Review*, n° 91/1, 1997, p. 121-134.

Dyzenhaus, D. (2), *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford, Clarendon Press, 1997.

Groh, K., *Demokratische Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010.

Günther, F., *Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949-1970*, Munich, Oldenburg Verlag, 2004.

Herrera, C.-M., « Hermann Heller, constitutionnaliste et socialiste », du même, *Droit et gauche, pour une identification*, Presses universitaires de Laval, 2003, p. 173 s.

Huber, E. R., *Reichsgewalt und Staatsgerichtshof*, Oldenbourg, Stalling, 1932.

Jouanjan, O. (1), « Présentation », dans Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, Paris, Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2000.

Jouanjan, O. (2), « Un positiviste dans la crise : Richard Thoma », J.-F. Kervégan (dir.), *Crise du droit, pensées sur la crise du droit*, Lyon, ENS Éditions, 2002.

Jouanjan, O. (3), « Présentation », Jouanjan (dir.), *Hans Kelsen, forme du droit et politique de l'autonomie*, Paris, PUF, 2010.

Kelsen, H. (1), « Verteidigung der Demokratie », rep. dans du même, *Verteidigung der Demokratie*, Jestaedt/Lepsius (éd.), Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.

Kelsen, H. (2), « Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25. Oktober 1932 », *Die Justiz*, 8, 1932, p. 65 s.



Kelsen, H. (3), *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1920.

Kelsen, H. (4), *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Springer, 1925.

Kervégan, J.-F., *Que faire de Carl Schmitt ?*, Paris, Gallimard, 2011.

Llanque, M. (dir.), *Souveräne Demokratie und soziale Homogenität. Das politische Denken Hermann Hellers*, Baden-Baden, Nomos, 2010.

Lokatis, S., *Hanseatische Verlagsanstalt : politisches Buchmarketing im Dritten Reich*, Buchhändler-Vereinigung, 1992.

Mosse, G., *De la Grande Guerre au totalitarisme. La brutalisation des sociétés européennes*, Paris, Hachette, 1999.

Müller, C., Staff, Ilse (dir.) (1) : *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller*, Baden-Baden, Nomos, 1984.

Müller, C., Staff, Ilse (dir.) (2), *Staatslehre in der Weimarer Republik. Hermann Heller zu ehren*, Francfort/Main, Suhrkamp, 1985.

Pauly, W., « Die neue Sachlichkeit der Staatsrechtslehre in der Demokartie », préface à Anschütz/Thoma, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, 2 vol. [1930/1932], t. 1, rééd. Tübingen, Mohr Siebeck, 1998.

Peuckert, D., *La République de Weimar*, trad. fr., Paris, Aubier, 1995.

*Preußen contra Reich. Stenogrammbericht der Verhandlungen vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig vom 10. bis 14. und vom 17. Oktober 1932*, Berlin, Dietz Verlag, 1933.

Raulet, G., *Le caractère destructeur*, Paris, Aubier, 1998.

Robbers, G., *Hermann Heller : Staat und Kultur*, Baden-Baden, Nomos, 1983.

Schluchter, W., *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat. Hermann Heller und die staatsrechtliche Diskussion in der Weimarer Republik*, 2<sup>e</sup> éd., Baden-Baden,

## Bibliographie

- Schmitt, C. (1), *Der Begriff des Politischen*, 7<sup>e</sup> éd., Berlin, Duncker & Humblot, 2002.
- Schmitt, C. (2), *Positionen und Begriffe im Kampf gegen Weimar, Genf, Versailles 1923-1939* (1940), 3<sup>e</sup> éd., Berlin, Duncker & Humblot, 1994.
- Schmitt, C. (3), *Théologie politique* (1928), trad. Schlegel, Paris, Gallimard, 1988.
- Schmitt, C. (4), *Légalité et légitimité* (1932), traduit et repris dans : Schmitt, *Du politique*, Puiseaux, Pardès, 1996.
- Schmitt, C. (5), *Théorie de la constitution* (1928), trad. fr., Paris, PUF, 1993.
- Schmitt, C. (6), « Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung », *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 1/1924, p. 93.
- Smend, R., *Verfassung und Verfassungsrecht*, Munich, Duncker & Humblot, 1928.
- Zarka, Yves Charles (dir.), *Carl Schmitt ou le mythe du politique*, Paris, PUF, 2009.